

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ARIEL BARAZZETTIWEBER

**A CEGUEIRA DELIBERADA DA COMMON LAW À CIVIL LAW E A
APROPRIAÇÃO DA TEORIA PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:
discutindo a aplicabilidade aos crimes de lavagem de dinheiro**

**SÃO LEOPOLDO
2016**

Ariel Barazzetti Weber

A CEGUEIRA DELIBERADA DA COMMON LAW À CIVIL LAW E A APROPRIAÇÃO
DA TEORIA PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO:
discutindo a aplicabilidade aos crimes de lavagem de dinheiro

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito Público, pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A CEGUEIRA DELIBERADA DA COMMON LAW À CIVIL LAW E A APROPRIAÇÃO DA TEORIA PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: discutindo a aplicabilidade aos crimes de lavagem de dinheiro**" elaborada pelo mestrando **Ariel Barazzetti Weber**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de dezembro de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

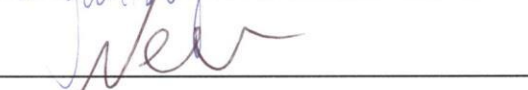
Presidente: Prof. Dr. André Luís Callegari



Membro: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy



Membro: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli



W364c Weber, Ariel Barazzetti.

A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação da teoria pelo judiciário brasileiro : discutindo a aplicabilidade aos crimes de lavagem de dinheiro / por Ariel Barazzetti Weber. – 2016.

128 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

Dedico este trabalho aos meus pais,
Leo Vitor Weber e Vera Barazzetti Weber.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. André Luis Callegari, meu orientador, sócio, e, principalmente irmão, que acreditou no meu potencial desde o início do bacharelado, servindo como modelo de pesquisador e exemplo de competência profissional.

Aos meus amigos Raul Marques Linhares e Daniela Scariot, colegas do direito penal e que muito me auxiliaram nessa árdua tarefa. Certamente serão, grandes juristas.

À Vera Loebens, coordenadora administrativa do PPGD UNISINOS, pelo apoio, paciência e benevolência ao longo desses anos. Um verdadeiro anjo no 4º andar.

À Laressa Bertoglio, que topou esse desafio ao meu lado, pela compreensão da ausência recorrente e das noites no escritório.

Eu não conheço ninguém que
tenha chegado ao topo sem muito
trabalho. Essa é a receita. Nem
sempre você vai chegar ao topo,
mas vai chegar bem perto.
(Margaret Thatcher)

RESUMO

A teoria da cegueira deliberada há muito vem sendo utilizada no direito anglo-saxão. Em curtas palavras, a teoria dá conta da possibilidade de se atribuir uma conduta criminosa equiparada à dolosa a um indivíduo que deliberadamente opta por não saber que sua conduta envolve uma ilicitude. De acordo com o Código Penal Modelo dos Estados Unidos, o conhecimento de um fato é satisfeito por encontrar uma "consciência de uma alta probabilidade" de que ele existia. Os doutrinadores estrangeiros tem tratado como cegueira deliberada casos em que o agente está ciente da provável existência de um elemento ou circunstância acerca de um delito, mas não confirma sua suspeita e ativamente opta por manter-se ignorante. A principal justificativa para o presente trabalho pode ser atribuída à preocupação com a incorporação de teorias alienígenas ao direito pátrio sem qualquer teste de recepção, ou seja, utilizam-se equivocadamente teorias sob o véu da novidade e pelo "aval" dado pelos tribunais estrangeiros. Ademais, preocupa-se o presente em analisar a legislação alienígena, merecendo especial enfoque a perspectiva norte-americana sobre o tema, que serve de comparação ao longo do trabalho, uma vez que a temática é recorrente nos diferentes circuitos judiciais daquele país, que já enfrentou questões jurídicas que hoje são colocadas no direito interno. O presente trabalho pode ser considerado um esforço para quebrar o ciclo de recepção pelo judiciário e não pela academia de teorias estrangeiras aplicáveis ao Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Comparado. Lavagem de Dinheiro. Cegueira Deliberada. Normativa internacional. Modificações Legislativas.

SUMMARY

The theory of willful blindness has long been used in the Common law. In short words, the theory accounts for the possibility of attributing criminal conduct equivalent to willful to an individual who deliberately chooses not knowing that his conduct involves unlawfulness. Foreign legal scholars have treated as deliberate blindness cases in which the agent is aware of the probable existence of an element or circumstance about an offense but does not confirm his suspicion and actively chooses to remain ignorant. The main justification for this study can be attributed to the concern about the incorporation of alien theories to domestic law without a compatibility test, they are used mistakenly under the veil of novelty and the "approval" given by foreign courts . Moreover, the present is concerned with analyzing the foreign law, with special focus on North American perspective on the topic, which serves as a comparison throughout the paper, since the theme is recurring in different judicial circuits, which already faced legal issues that are now placed in our national law. This work can be considered an effort to break the cycle of reception by the court and not by the Academy of foreign theories applicable to criminal law.

Keywords: Criminal Law. Comparative Law. Willful Blindness. Money Laundering. International laws. Law Modifications.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA – TRAÇOS ESSENCIAIS	15
2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS QUANTO À TIPICIDADE SUBJETIVA E A CULPABILIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	15
2.2 O CONHECIMENTO EXIGÍVEL PARA O DIREITO PENAL ESTADOUNIDENSE	16
2.2.1 Conhecimento efetivo – a figura do Knowledge	16
2.2.2 Imprudência – a figura do Reckless	19
2.2.3 Diferenciação necessária entre o conhecimento e a imprudência (Knowledge vs. Recklessness)	20
2.3 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SEU ESPAÇO DENTRO DA TRADIÇÃO DA COMMON LAW	21
2.4 AS TENTATIVAS DE “FECHAMENTO” DO CONCEITO DE CEGUEIRA DELIBERADA PELOS DOCTRINADORES DA COMMON LAW	23
2.4.1 A proposta de Husak e Callender	27
2.4.2 A proposta de Charlow	29
2.4.3 A solução de Robbins	30
2.4.4 A nova redação sugerida por Perkins	31
2.4.5 A reforma conceitual de Marcus	32
2.5 ORIGEM DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.....	33
2.5.1 A Justificativa Para Aplicação Da Teoria Da Cegueira Deliberada na Common Law	33
2.6 A CEGUEIRA DELIBERADA E AS DECISÕES DAS CORTES AMERICANAS .	36
2.6.1 Spurr v. United States	38
2.6.2 United States v. Jewell	39
2.6.3 Leary v. United States	40
2.6.4 Turner v. United States	40
2.6.5 Global-Tech, Inc. v. SEB S.A.	42
2.6.6 United States V. Fofanah	45
2.7 AS INSTRUÇÕES DA AVESTRUZ – UTILIZAÇÃO DA TEORIA PARA JULGAMENTO POR JÚRI POPULAR.....	46
2.8 CEGUEIRA DELIBERADA COMO SUBSTITUTIVO À <i>MENS REA</i> DO EFETIVO CONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA CONDUTA.....	47
2.9 A PROPOSTA DE REFORMA LEGISLATIVA – CRIMINAL CODE IMPROVEMENT ACT OF 2015.....	49

3 A UTILIZAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA NA CIVIL LAW - FUNDAMENTOS	51
3.1 A TRADIÇÃO DA CIVIL LAW – ORIGEM E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	52
3.2 A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NA CIVIL LAW – O PROCESSO DE “COMMONLAWLIZAÇÃO” DO DIREITO CODIFICADO.....	54
3.3 A BUSCA PELA “TRANSNACIONALIZAÇÃO” - A INFLUÊNCIA EXTERNA PARA APLICAÇÃO DA TEORIA CEGUEIRA DELIBERADA	55
3.3.1 As pressões do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF)	59
3.3.1.1 GAFI/FATF e a cegueira deliberada.....	60
3.3.2 “Transplante legal”, “Irritância legal” ou “Tradução legal” da common law para a civil law – questões terminológicas	62
3.4 O DOLO: ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO	63
3.5 TIPICIDADE SUBJETIVA: O DOLO E A CULPA.....	67
3.5.1 As teorias do dolo	67
3.5.1.1 Teoria do conhecimento	68
3.5.1.2 Teoria do consentimento	68
3.5.1.3 Teoria da indiferença	70
3.5.1.4 Teoria da vontade	71
3.5.1.5 Teoria da representação	72
3.5.1.6 Teoria da probabilidade.....	73
3.6 O DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: DIFERENÇA TERMINOLÓGICA	73
3.7 A CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO CONTINENTAL – PROBLEMÁTICAS NA APLICAÇÃO.....	78
3.8 A CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA SEGUNDO A TEORIA DE RAGUÉS I VALLÈS	80
3.8.1 A Justificativa Para Aplicação Da Teoria Da Cegueira Deliberada na Civil Law segundo Ragués I Vallès	80
3.8.2 Os requisitos de aplicação da teoria propostos por Ragués I Vallès	82
3.8.2.1 A cegueira deliberada em sentido estrito	84
3.9 CRÍTICAS À TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA À CIVIL LAW	85
4 CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A CEGUEIRA DELIBERADA	86
4.1 O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO – NOTAS INTRODUTÓRIAS	86
4.1.1 Evolução da legislação antilavagem	86
4.1.1.1 Alemanha	87
4.1.1.2 França.....	88
4.1.1.3 Espanha.....	89

4.1.1.4 Itália.....	90
4.1.1.5 Suíça.....	91
4.1.2 O conceito doutrinário de lavagem de dinheiro	92
4.1.3 O tipo subjetivo do delito de lavagem de capitais	96
4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA “IGNORÂNCIA DELIBERADA” QUANTO AOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NOS SISTEMAS DE CIVIL LAW – ESTUDOS QUANTO À ESPANHA E BRASIL	98
4.2.1 Da compatibilidade da legislação espanhola em relação à cegueira deliberada	98
4.2.2 A solução dada pela jurisprudência espanhola	99
4.2.2.1 STS 5288/2005	99
4.2.2.2 STS 4934/2012	99
4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA “IGNORÂNCIA DELIBERADA” QUANTO AOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL	100
4.3.1 Dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro após a edição da Lei n. 12.683/2012	100
4.3.2 Cegueira Deliberada ou Erro de Tipo?.....	104
4.4 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA APLICABILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA EM CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO – TESTES DE INTEGRIDADE CONCEITUAL.....	107
4.4.1 Tribunal Regional Federal da 4a Região	107
4.4.2 Supremo Tribunal Federal.....	111
4.5 A (IN)COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	112
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERENCIAS.....	119

1 INTRODUÇÃO

A globalização e a digitalização alteraram todo o contexto doméstico e a ideia de Estado-Nação. O direito penal, sofrendo influências transnacionais, tornou-se verdadeiro meio de controle social através da, por vezes falsa, sensação de segurança que passa a determinada comunidade. Nesse contexto, o crime é amplamente noticiado, tornando-se verdadeiro espetáculo midiático e objeto de discussão nos mais diversos círculos, algo que até pouco tempo atrás nem mesmo era esperado.

A liberdade do indivíduo ou da família são essenciais do ponto de vista do liberalismo, logo, caberia aos indivíduos as questões éticas individuais. O problema estaria na organização das atividades econômicas das multidões, e a solução liberal seria a cooperação voluntária dos indivíduos, nessa perspectiva, a função do Estado seria de árbitro e fórum em relação às “regras do jogo”.

Ocorre que, ao contrário, as últimas décadas foram fortemente marcadas pela expansão do direito material, a restrição das garantias individuais, e o uso extraordinário de penas severas e da prisão como método de coerção. O escopo da lei deveria ser restrito, exclusivamente voltada à proteção das pessoas, de todas as liberdades, e da propriedade. Vive-se uma época em que lei foi pervertida, instaurando-se uma confusão proposital de termos, considerando sociedade como governo, como se o estado falasse em nome de todos e o indivíduo fosse uma aberração. Esse tipo de Estado aproveita-se passividade e do medo, colocando a população à mercê do poder legislativo e das leis espoliadoras por eles criadas, mas, principalmente, nas mãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, verdadeiro quarto poder, que hoje proclamam-se guardiões da moral e dos bons costumes.

Verifica-se a ampla criminalização de condutas humanas, tornando todos os indivíduos criminosos, fenômeno esse que também vem chamando atenção da sociedade norte-americana. O Brasil, frente a esse novo paradigma, acompanha a expansão ilimitada do direito penal e dos acusadores, arautos da justiça e que buscam a punição a qualquer custo. Nesse quadro, o presente trabalho traz à tona um desses movimentos específicos de ampliação dos poderes estatais por meio de novas e dúbias teorias criminais.

A denominada teoria da cegueira deliberada, também nominalmente conhecida como “ignorância deliberada”, “instruções da avestruz”, “indiferença intencional”, como será analisado ao longo dessa pesquisa, propõe-se a ampliar o punitivismo estatal ao ultrapassar as margens legais dos países em que vem sendo aplicada. Nascida da *common law*, observa-se que essa teoria tem sido aplicada indistintamente em vários sistemas jurídicos, principalmente no Brasil, que vive seu momento de “law and order”.

Torna-se necessário, portanto, a pesquisa acadêmica quanto a essa teoria, tornando possível, se atingidos os objetivos propostos, a devida compreensão desse fenômeno, tão explorado pelos poderes estatais e tão pouco tratado pelos doutrinadores pátrios. Para tanto, o trabalho dividir-se-á em três partes distintas.

O primeiro capítulo analisará o que vem a ser efetivamente a teoria da cegueira deliberada, a moldura do sistema em que foi concebida e os conceitos penais básicos que permitiram o desenvolvimento e aplicação da mesma. Ainda, tratar-se-á da origem da cegueira deliberada na *common law*, bem como uma análise quiçá inédita no Brasil sobre a conceituação da mesma pelos doutrinadores dos Estados Unidos, a justificativa para sua aplicação sob o ponto de vista dos estudiosos do berço da teoria. Propõe-se essa parte inicial a dar a devida dimensão à questão por meio da análise dos principais *leading cases* judiciais, em especial a recente interpretação dada pela Suprema Corte estadunidense.

A seguir, na segunda parte do trabalho, buscar-se-á os fundamentos da aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito continental, ou, por assim dizer, na *civil law*. Serão definidos os princípios diferenciadores do processo da transnacionalização da teoria e os motivos pelos quais alastrou-se mundo afora. Ademais, serão traçados os pontos essenciais quanto à análise da tipicidade subjetiva no direito continental, a fim de ser compreendido o lugar de ocupação da teoria nesse contexto. Não bastasse, será analisada a teoria de aplicação traçada por Ragués I Vallès, grande expoente da cegueira deliberada fora dos países da *civil law*.

A terceira parte analisa a aplicação da teoria estudada nos capítulos anteriores dentro do contexto da lavagem de dinheiro. O motivo pelo qual o terceiro capítulo foi objeto do estudo guarda relação com o momento da política criminal vivida no Brasil, pela expansão dos crimes e pela utilização da lavagem de dinheiro

como grande guarda-chuva para violação de direitos fundamentais e espetacularização das investigações criminais.

A fim de possibilitar uma investigação análita do tema, serão traçados os principais pontos conceituais acerca da lavagem de dinheiro no Brasil e nos diversos países bem como o tipo subjetivo exigido pela Lei 9.613/98 com as alterações ocorridas em 2012. Focado na Espanha e no Brasil, a culminação desse trabalho buscará qual é, e se existe, enquadramento da teoria da cegueira deliberada dentro do sistema legal antilavagem. Ainda, por meio de análise de julgados, serão colocados à prova os conceitos doutrinários expostos nos dois primeiros capítulos, desvelando as razões pelas quais a teoria vem sendo amplamente utilizada pelos tribunais dos dois países.

Por fim, o tema estudado enquadra-se na linha de pesquisa denominada Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). O enquadramento dá-se pela necessária análise do papel do Estado na sociedade, na organização social e controle das condutas humanas por meio do Direito Penal.

2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA – TRAÇOS ESSENCIAIS

A teoria da cegueira deliberada vem sendo utilizada nos países de sistema *common law*, muito em razão da inexistência do dolo eventual naquele, o que terminou por reduzir a discussão sobre a teoria em nosso país¹. Entretanto, num movimento de expansão do Direito penal no Brasil, a teoria da ignorância foi utilizada em certos casos emblemáticos, mesmo que nada substancial tenha sido escrito sobre o assunto a nível nacional – aí já começa a despontar o problema da doutrina brasileira, e sem qualquer filtragem hermenêutica-constitucional.

O que tem sido observado é que os julgadores brasileiros, assumindo um papel (que não lhes pertence) de transformadores sociais, buscam teorias alienígenas a fim de decidirem conforme a “vontade do povo”, fugindo às leis penais vigentes e deixando de lado a necessária adaptação de uma teoria ao nosso sistema. Embuídos do espírito do “clamor social”, busca o judiciário, apropriando-se erroneamente da doutrina da cegueira deliberada, acabar com a impunidade, tornando os crimes passíveis de uma espécie de dolo eventual por meio da teoria objeto de nosso estudo.

Como se verá nesse capítulo, em que pese esteja sendo amplamente utilizada nos Estados Unidos, recentemente tem-se criticado duramente a política judicial que passou a utilizar a teoria da cegueira deliberada. Na primeira parte, será analisado o conceito legal que embasou a teoria, a posição inicial das cortes e a análise do que vem a ser atualmente a também chamada de ignorância deliberada para a *common law* estadunidense, traçando os pontos necessários à análise do transplante para a *civil law* e, especificamente, nos casos de lavagem de dinheiro, que serão analisados, respectivamente, no segundo e terceiro capítulo.

2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS QUANTO À TIPICIDADE SUBJETIVA E A CULPABILIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Para a *common law*, então, o *mens rea*, ou “mente culpada” engloba os elementos subjetivos da tipicidade e a culpabilidade, dentro dos quais está o *intent*, que se divide em quatro categorias de atitudes mentais: *purpose* ou *intente*

¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorância deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 21.

(intenção), knowledge (conhecimento), recklessness (imprudência) e negligence (negligência). A teoria da cegueira deliberada amplia os padrões do conhecimento exigível para a *common law*, baseado essencialmente na máxima: *actus non facit reum nisi mens sit rea*, traduzindo-se, um ato não faz uma pessoa culpada a menos que o pensamento seja culpado.

O direito penal da *common law* teve como principal influência o direito canônico e a ideia de culpa moral. Na visão da lei canônica, ao cometer o pecado, o elemento mental era tão grave quanto ao físico, motivo pelo qual passou-se a considerar o estado da mente como algo que dá significado ao ato cometido, eis que, retirada a vontade, a intenção, estar-se-ia diante de uma ação indiferente.² A exigência do *mens rea* é satisfeita quando, no momento em que o agente cometeu a infração penal, o mesmo tinha o estado mental juridicamente previsto em lei para a existência de responsabilidade criminal.

2.2 O CONHECIMENTO EXIGÍVEL PARA O DIREITO PENAL ESTADOUNIDENSE

O principal ponto que envolve a teoria da cegueira deliberada em sua criação é no tocante ao campo de utilização desta. Para compreendermos nos próximos pontos a importação da mesma pelo judiciário brasileiro e a correção de sua aplicação em nosso país, devemos necessariamente passar pela análise no local onde foi pensada e construída.

Nos Estados Unidos, local onde a teoria contemporânea foi melhor solidificada, a culpabilidade, segundo o Código Penal Modelo³ exige o elemento subjetivo, e, dentro dos requisitos mínimos para a condenação, encontra-se, junto à negligência e imprudência, o necessário conhecimento (*knowingly*).

2.2.1 Conhecimento efetivo – a figura do Knowledge

O requisito “conhecimento” surge como uma questão de *mens rea* em direito penal tanto porque é por vezes necessária pela definição de um crime particular, ou

² CHESNEY, Eugene J. “The concept of Mens Rea in the Criminal Law”. (1939) 29 **Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)**, v. 29, n. 5, p. 631, 1939. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>>. Acesso em: 11 out. 2016.

³ **Model Penal Code Annotated**. Disponível em: <<http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

porque às vezes é um fator determinante no estabelecimento de um estado mental diferente, como intenção, obstinação, ou malícia.

Para fins legais, de acordo com o Código Penal Modelo, conhecimento está assim definido:

Uma pessoa age com conhecimento de causa em relação a um elemento material de uma infração quando: (i) se o elemento envolve a natureza da sua conduta ou a circunstâncias concomitantes, ele está ciente de que sua conduta é de tal natureza ou da existência de tais circunstâncias; e (ii) se o elemento envolve um resultado de sua conduta, ele está ciente de que é praticamente certo que a sua conduta vai causar tal resultado.

Assumindo que o conhecimento é possível, para dizer-se que sabemos de algo devemos ao menos acreditar subjetivamente neste algo. Um indivíduo normalmente não dirá que sabe de alguma coisa, a menos que se sinta bastante certo disso em sua própria mente.

Dois elementos estão contidos nesta compreensão: (1) a crença, ou uma sensação de certeza ou quase certeza; e (2) a subjetividade, ou a exigência de que o indivíduo creia. Dito de uma forma diferente, a ausência de crença em uma proposição nega conhecimento dessa mesma proposição⁴. Podemos supor que o conhecimento exige tanto crença ou certeza subjetiva, e a verdade real ou existência da coisa conhecida. Em suma, o conhecimento criminal é a crença correta. Três características do conhecimento norte-americano foram até agora identificados: (1) uma crença, ou sentimento de quase certeza, (2) que é subjetivo, e (3) que está correta.

Sob a ótica filosófica, existem três estados mentais: opinião, conhecimento e crença. Todos relacionam-se com a qualidade da evidência objetiva e a convicção subjetiva que produzem. Na visão Kantiana⁵, crença é gênero, dentro do qual estão englobadas as figuras da opinião, fé e ciência:

A crença ou a validade subjetiva do juízo, relativamente à convicção (que tem ao mesmo tempo uma validade objetiva), apresenta os três graus seguintes: *opinião*, *fé* e ciência. A *opinião* é uma crença, que tem consciência de ser insuficiente, tanto subjetiva como objetivamente. Se a crença apenas é subjetivamente suficiente e, ao

⁴ CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1373, 1992.

⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 662.

mesmo tempo, é considerada objetivamente insuficiente, chama-se fé. Por último, a crença, tanto objetiva como subjetivamente suficiente, recebe o nome de *saber*. A suficiência subjetiva designa-se por *convicção* (para mim próprio); a suficiência objetiva, por *certeza* (para todos).

Em que pese existam discordâncias no campo filosófico sobre o que vem a ser conhecimento, as disparidades permitem conclusão sobre o que não vem a ser conhecimento. O indivíduo não tem conhecimento se possui quaisquer dúvidas sobre a validade de seu julgamento. E, mesmo quando está certo de sua correção, ele não tem o conhecimento caso evidências adicionais estejam disponíveis para confirmar ou refutar a sua conclusão.

Conhecimento é a consciência da existência de um fato particular ou das circunstâncias atinentes ao mesmo. Conhecimento requer a consciência da existência de um fato e não apenas o reconhecimento de sua probabilidade. Similamente à noção filosófica de conhecimento, o conhecimento criminal requer certeza e ausência de dúvida. Essa distinção entre certeza e probabilidade que separa conhecimento do conceito legal de imprudência envolve consciência, mas imprudência descreve o reconhecimento da probabilidade, enquanto o conhecimento requer a certeza assim uma pessoa sabe ou detém conhecimento a pena se tiver certeza disso⁶.

Segundo Charlow⁷, entretanto, existe uma quarta característica:

Para que a proposição “conhecido” seja verdadeira ou correta, ele deve descrever não um fato ou evento futuro, mas sim passado ou presente. Não importa o quão provável é de algo ocorrer, e não importa quão certa sente-se que ele irá ocorrer, ninguém pode saber o futuro. Portanto, efetivo conhecimento criminal é uma crença subjetiva ou quase certeza sobre uma verdade passada ou presente ou sobre um fato existente.

O conceito de conhecimento implica uma tomada de consciência por parte do réu de que esteja cometendo um ato que é considerado um crime⁸. A principal

⁶ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 222, 1990-1991.

⁷ in order for the known proposition to be true or correct, it must describe a past or present fact and not a future fact or event. No matter how likely something is to occur, and no matter how certain one feels that it will occur, one cannot know the future."5 Therefore, criminal know- ledge is a subjective belief in or near certainty about a past or present true or existent fact. CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1376, 1992.

distinção entre as figuras da intenção direta e da consciência ou conhecimento é que o primeiro implica um desejo consciente de causar um resultado particular, enquanto o segundo implica uma tomada de consciência de que o resultado é "praticamente certo" caso seja praticada tal conduta. O dito "knowing" ou, como chamamos, conhecimento, é um padrão menor do que "wilfully" ou voluntariamente. Se a consciência de conduta pode ser provado, é admissível que um júri possa inferir conhecimento por parte do ator.

2.2.2 Imprudência – a figura do Reckless

O Código Penal Modelo também traz, mesmo que brevemente, a figura da imprudência, ou, como alguns autores traduzem, inconsequência:

Uma pessoa age de forma imprudente em relação a um elemento material de uma infração quando ele conscientemente ignora um risco substancial e injustificável quanto à existência do elemento material ou no tocante ao resultado da sua conduta. O risco deve ser de tal natureza e do grau que, considerando a natureza e a finalidade da conduta do ator e as circunstâncias conhecidas para ele, seu desrespeito implica um desvio bruto do padrão de conduta que uma pessoa cumpridora da lei observaria no lugar do autor na mesma situação.

O estado mental "imprudente" ocorre quando uma pessoa está ciente de um "risco substancial e injustificável" que o seu ato irá causar, e "conscientemente ignora". Em outras palavras, o imprudente mens rea não pode ser afirmado sobre uma consideração objetiva do que um réu deveria ter sabido, mas sim sobre o risco percebido e conscientemente desconsiderado do réu.

O Código Penal Modelo, ao estabelecer esta norma de pessoa razoável, para fins de caracterização da imprudência, requer a consideração de como alguém que não seja o ator iria ver a situação. No entanto, dado tal conduta objetivamente medida, imprudência, diferentemente de negligência, requer um estado subjetivo particular da mente: que o ator estava ciente do risco que ele estava criando, e não teve em consideração esse risco. Assim, a imprudência pode ser considerada como

⁸ HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. **University of Miami International and Compative Law Review**, v. 13, p. 206, 2006

criação de risco consciente, e a desconsideração consciente do risco fornece o requisito subjetivo de ter o autor pessoalmente reconhecido o risco em particular.

Por essa definição fica claro que, ao agir de forma imprudente, o indivíduo deve estar ciente de algo menos do que a certeza ou quase certeza do fato em questão, e não é preciso estar consciente de mais do que uma probabilidade substancial de ocorrência do fato⁹.

2.2.3 Diferenciação necessária entre o conhecimento e a imprudência (Knowledge vs. Recklessness)

Em que pese, dentro da conceituação do direito penal norte-americano, imprudência se assemelhe a conhecimento, uma vez que ambos exigem uma consciência subjetiva real do indivíduo, existem aspectos diferenciadores entre ambos. Em primeiro lugar, o ator em cada caso está ciente de uma coisa diferente. A fim de ser imprudente o ator deve estar ciente da possibilidade ou no máximo a probabilidade substancial de um fato, mas, a fim de agir conscientemente o ator deve estar ciente de um fato real. Traduzindo: o conhecimento requer a crença que um fato é certo ou altamente provável, mas imprudência requer uma consciência de que o fato seja sim uma possibilidade, entretanto, a consciência exigível nunca será a de que o fato é mais do que substancialmente provável.

Como sobredito, o julgamento de um caso de imprudência usa o conceito do homem razoável apenas como um guia para o que se passava na mente acusado, e somente assim pelo período em que se possa plausivelmente supor que a mente do acusado coincidia com o normal no momento do seu ato.

Para ilustrar ainda mais a diferença conceitual entre as figuras, importante a lição de Charlow¹⁰:

Conhecimento e imprudência diferem também na questão de ser o primeiro um conceito totalmente subjetivo, enquanto o último requer

⁹ CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1380, 1992.

¹⁰ Knowledge and recklessness differ also in that the former is an entirely subjective concept, while the latter requires both a subjective and an objective assessment. In the case of recklessness, the actor must be subjectively aware of the risk he faces, but the substantiality, unjustifiability, or possibility of the risk, whichever is required, is objectively measured. In contrast, once it is determined that an actor subjectively believed in the existence of the fact in question, knowledge may be found with no objective determination. CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1380-1381, 1992.

tanto uma análise subjetiva quanto uma avaliação objetiva. No caso de imprudência, o ator deve ser subjetivamente consciente do risco que ele enfrenta, mas a possibilidade de criação do risco, consoante o que for necessário, é medido objetivamente. Em contraste, uma vez que é determinado que um ator subjetivamente acreditava na existência do fato em questão, o conhecimento não necessita de uma determinação objetiva.

Não bastassem tais diferenciações, para fins de caracterização do conhecimento, é preciso, como já foi tratado, ter uma crença correta e agir com conhecimento de causa, entretanto, no tocante à figura da imprudência, a crença não precisa ser correta¹¹.

2.3 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SEU ESPAÇO DENTRO DA TRADIÇÃO DA COMMON LAW

Passadas tais notas introdutórias, essencial o tratamento no tocante ao encaixe da teoria da cegueira deliberada dentro do sistema norte-americano e das teorias citadas supra. Voltando-se à questão da definição legal de conhecimento, já tratada anteriormente, verifica-se que o Código Penal modelo equiparou conhecimento à pessoa que tem a consciência da alta probabilidade da existência de um fato a menos que acredite que aquilo não existe. As diferenciações delineadas acima demonstram que a alta probabilidade indica imprudência, e não conhecimento, o que causa um problema imediato de aplicação da teoria.

Segundo o dicionário legal norte-americano Black¹², “cegueira deliberada” ocorre em situações em que um indivíduo deixa de fazer uma pergunta razoável de suspeita de irregularidades, apesar de estar ciente de que é altamente provável que a ação seja ilegal.

A teoria traz um problema metodológico de aplicação, eis que é conturbada a definição acerca do que vem a ser efetivamente a cegueira deliberada, havendo até

¹¹ Ilustrando a questão quanto ao crime de receptação. Suponha que um policial informa um comerciante que um carregamento de trinta celulares foi roubado e que os ladrões estão tentando vender a mercadoria no local. Se o comerciante não acredita no oficial e é então abordado pelos ladrões e se compromete a comprar os celulares, ele não poderia ser condenado por conscientemente receptar a mercadoria. Ele incorretamente não acredita que eles foram roubados. Ele pode, no entanto, ser condenado pela forma imprudente de receptação, apesar de sua crença incorreta. Usando a definição Modelo Código Penal de imprudência, ele deve ter conscientemente desconsiderado um risco substancial e injustificável de que os celulares foram roubados. A precisão da sua crença de que os aparelhos não foram roubados seria irrelevante para determinar se ele agiu de forma imprudente.

¹² BLACK'S LAW DICTIONARY. 1630. 8th Ed. 2004.

mesmo divergência dos termos utilizados quando aplicada. Segundo o Model Penal Code¹³ americano, ao tratar dos requisitos mínimos de culpabilidade prevê a cegueira deliberada da seguinte forma, no § 2.02 (7):

Requisitos de conhecimento satisfeitos pela alta probabilidade de conhecimento. Quando o conhecimento de um indivíduo é um elemento de uma infração, esse conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da alta probabilidade da existência [do ilícito], a menos que acredite realmente que não exista [uma infração].

Em que pese o conceito previsto no § 2.02 (7) do Código Penal modelo americano trace a cegueira deliberada com algumas características da imprudência, na opinião de Charlow¹⁴, tal afirmativa não é definitiva. O conceito legal de cegueira deliberada é um estado mental por assim dizer mais culpável que a imprudência, exigindo a consciência de um no alto nível de risco sobre a existência de determinado fato e indique que o resultado ocorrerá.

O conceito trazido pelo Model Penal Code exige consciência da alta probabilidade da existência de um fato sem o conhecimento real de que o mesmo não exista. Essa figura, entretanto, apresenta dois graves problemas. Em primeiro lugar, a dita “alta probabilidade” compreende a ideia de equiparação ao conhecimento, mas, ao mesmo tempo, engloba a imprudência. Outrossim, é contraditório o Código Penal Modelo ao prever que um indivíduo, ao mesmo tempo, esteja frente à “alta probabilidade” de um crime, e, ao mesmo tempo, possa acreditar que aquilo não seja um crime.

O problema de aplicação da cegueira deliberada com base no Model Penal Code reside não só nos requisitos de sua aplicação, mas principalmente sob quais circunstâncias um réu pode ser condenado como se conhecimento tivesse com base nessa teoria. A ideia de alta probabilidade de um agente quanto a um fato não parece ser adequada para julgar se o mesmo foi deliberadamente ignorante¹⁵. A

¹³ Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist. . **MPC 129-30**. (Tent. Draft No. 4, 1955). Disponível em: <<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/criminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2016

¹⁴ CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1386, 1992.

¹⁵ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the “Equal Culpability” Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 39, 1994.

teoria da cegueira deliberada não pode ficar restrita à suspeita. Existem acusações em que se utiliza a ideia de que o indivíduo é deliberadamente cego quando propositadamente ou intencionalmente evitou o conhecimento de um fato relevante. Tais acusações levam à conclusão de que o agente efetivamente conseguiu evitar o conhecimento, logo, não tinha o conhecimento exigido. Via de regra, a cegueira deliberada não descreve um comportamento equivalente ao conhecimento pleno, extraindo-se desse conceito a impossibilidade de que alguém propositadamente evite tomar conhecimento sobre fato futuro.

2.4 AS TENTATIVAS DE “FECHAMENTO” DO CONCEITO DE CEGUEIRA DELIBERADA PELOS DOUTRINADORES DA COMMON LAW

Diante da amplitude do conceito legal de cegueira deliberada, diversos doutrinadores de tradição do direito costumeiro buscaram dar o devido fechamento conceitual e a consequente possibilidade da aplicação da teoria. Nas palavras de Gordon¹⁶,

Cegueira deliberada existe quando um indivíduo fecha deliberadamente os olhos para os meios de conhecimento, porque ele prefere permanecer na ignorância. Cegueira intencional deve ser restrita à situação em que o acusado acredita que um determinado estado de coisas existe, sabe que ele pode confirmar essa crença, tomando um simples passo como fazer uma pergunta, ou andando em volta de um canto para ler um quadro de avisos, mas não o faz, porque ele quer ser capaz de permanecer na ignorância.

Já para Williams¹⁷, existe, embutido na figura a cegueira deliberada, a necessária intenção de evitar a efetiva administração da justiça, utilizando-se da negativa de conhecimento que a lei penal possa exigir:

¹⁶ Wilful blindness exists where A deliberately shuts his eyes to the means of knowledge because he prefers to remain in ignorance. Wilful blindness should be restricted to the situation where the accused believes that a certain state of affairs exists, knows that he can confirm this belief by taking a simple step like asking a question, or walking round a corner to read a notice-board, but does not do so, because he wants to be able to remain in ignorance. GORDON, Sheriff. **Criminal Law of Scotland**. 2nd ed. 1978. p. 254.

¹⁷ A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness. It requires in effect a finding that the defendant intended to cheat the administration of justice. WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: The General Part**. 2nd ed. 1961. p. 159.

Um tribunal pode adequadamente aplicar a cegueira deliberada só se puder quase dizer que o réu realmente sabia. Ele suspeita do fato; ele percebeu que sua probabilidade; mas ele se absteve de obter a confirmação final, porque ele queria ser capaz de negar o conhecimento. Isso, e somente isso, é cegueira voluntária. Exige, com efeito, a conclusão de que o réu tinha a intenção de enganar a administração da justiça.

O autor, provavelmente mais citado nos trabalhos acadêmicos sobre o tema, refere ainda que não se deve confundir a imprudência – dentro do conceito da common law – com a cegueira deliberada:

Antes da doutrina da cegueira voluntária ser aplicável, deve haver percepção de que o fato em questão é provável, ou, pelo menos, 'possível acima da média' [...] Imprudência e "não se importar" não são exatamente a mesma coisa que cegueira deliberada. Da mesma forma, a suspeita não é suficiente se o réu não pode ter a certeza em sua mente.

A cegueira deliberada é facilmente confundida com o que é às vezes chamado de ignorância culpável. O réu culposamente ignorante é simplesmente negligente ou imprudente, pois está alheio a fatos que uma pessoa razoável teria prestado atenção. Mas, ao contrário do réu negligente, que não tem conhecimento de uma proposição que uma pessoa razoável teria considerada verdadeira, o réu cego deliberadamente não é totalmente alheio à verdade de uma proposição; ele deve acreditar ou pelo menos suspeitar.

Nesse sentido, a confusão conceitual é posta, eis que, do ponto de vista legal, torna-se difícil a efetiva conceituação do que vem a ser cegueira deliberada.

Considerando-se as observações acima referidas acerca do conhecimento e da imprudência, a cegueira deliberada, na maneira que vem descrita no Código Penal Modelo, cai em algum lugar entre os dois. Assim como o conhecimento e imprudência, a cegueira deliberada baseada em códigos requer a existência de uma consciência subjectiva por parte do réu: o réu deve ser subjetivamente consciente de uma "alta probabilidade" do fato em questão. Se, a fim de conhecer é preciso estar ciente da certeza ou quase certeza de um fato, e, a fim de ser imprudente é preciso estar ciente de, no máximo, a probabilidade substancial de um fato," a consciência de quem está consciente da alta probabilidade de um

fato cai em algum ponto entre o nível de convicção necessários para o conhecimento e o requerido para a imprudência.¹⁸

Poder-se-ia argumentar que a cegueira deliberada aproxima-se da imprudência e não tanto do conhecimento, e que a diferença entre a alta probabilidade e a probabilidade substancial é de apenas um grau, enquanto a diferença entre a alta probabilidade e a certeza a próxima é uma diferença de tipo. Por outro lado, como certeza e probabilidade são ambos graus de certeza, é mais apropriado vê-lá como pontos de um mesmo espectro.

Na prática, contudo, para um Júri, parece-nos que a diferença entre a probabilidade substancial e a alta probabilidade não é tão grande, se é que pode ser delineado, enquanto a diferença entre a alta probabilidade e a certeza pratica é muito mais significativa. Portanto, se o acusado deve estar ciente dos riscos substanciais que enfrenta ou de fatores que circundam esse risco substancial para ser considerado imprudente, essa visão renderia formulações de cegueira deliberada sobre o aspecto do Código Penal modelo muito mais similares à imprudência do que ao conhecimento.

Ademais, o conceito legal de cegueira deliberada é medido por standards objetivos e subjetivos. Um Júri, por exemplo, ao determinar se o indivíduo foi imprudente, faz uma avaliação objetiva se o risco conscientemente ignorado pelo autor era substancial, injustificado, provável ou possível. Qualquer que seja a definição exigida para a imprudência, da mesma forma, o júri, para determinar se o indivíduo foi deliberadamente cego pela formulação do Código Penal modelo, fará uma avaliação objetiva sobre a alta probabilidade do risco que o agente tinha consciência.

Outrossim, o conceito legal de cegueira deliberada não requer a crença sobre o fato em questão. Um Agente imprudente pode desconsiderar sua consciência sobre a probabilidade de um fato sem decidir se pessoalmente acredita que o

¹⁸ *Given* the above understandings of knowledge and recklessness, wilful ignorance as described in the Model Penal Code falls somewhere between the two on a continuum of certainty. **All** are different levels of awareness of the fact in question. Like both knowledge and recklessness, Code-based wilful ignorance requires a finding of a subjective awareness on the defendant's part: the defendant must be subjectively aware of a "high probability" of the fact in question. If in order to "know" one must be aware of the certainty or near certainty of a fact, and in order to be "reckless" one must be aware of, at most, the substantial probability of a fact, the awareness of one who is aware of the high probability of a fact falls somewhere between the level of conviction required for knowledge and the one required for recklessness. CHARLOW, Robin. *Wilful Ignorance and Criminal Culpability*. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1380-1382, 1992.

mesmo exista. Conhecimento, de maneira diversa, requer a crença. E, ao contrário do réu imprudente, o réu deliberadamente cego satisfaz a condição motivacional: ele tem um incentivo especial para deixar de aprender os fatos. Além disso, muitos réus culposamente ignorantes não satisfazem a condição de disponibilidade. Estas diferenças, no entanto, não afastam totalmente a semelhança entre o imprudente e o réu deliberadamente ignorantes. Ambos os réus conscientemente compreendem o risco de que uma proposição incriminadora é verdade. Assim, todos os réus ignorantes são imprudentes, mas, em grande parte porque nem todos os réus imprudentes satisfazem a condição motivacional já exposta, nem todos os réus imprudentes são deliberadamente cegos¹⁹.

De difícil conceituação legal e doutrinária, a cegueira deliberada parece ocupar um hiato entre o conhecimento e a imprudência. Para fins penais aceita-se que a intenção em estrito senso (purpose) é mais culpável que o conhecimento (knowledge), que por sua vez é mais provável que é imprudência (recklessness). A primeira diferenciação entre o que chamamos de dolo direto e o que os Estados Unidos considera conhecimento é que aquele que busca o resultado tem a conduta mais reprovável do que aquele que apenas sabe que o resultado ocorrerá.

No segundo ponto, ou seja, no tocante à diferença entre o conhecimento e a imprudência, utilizar-se-á um exemplo citado por Charlow: supusemos que dois indivíduos recebam bens furtados, um praticamente certo de que eram furtados e o outro ciente dos fatores que fazem com que seja altamente provável que os bens sejam oriundos de um furto. Comparando o grau de conhecimento a um tabuleiro de cem peças, ao primeiro indivíduo falta uma peça do tabuleiro para indicar que o bem era furtado, ao segundo faltam quinze peças para adquirir uma consciência relevante.

O crime de receptação geralmente requer que o autor tenha conhecimento da origem ilícita dos bens refletindo uma decisão legislativa de que é significativamente pior que se tenha praticamente certeza do furto, no exemplo do tabuleiro, de 99 das 100 Peças do tabuleiro, do que ter a suspeita altamente provável ou seja ter 85 das 100 peças do tabuleiro. Dezenove cada gente está ciente de alguma possibilidade de que os benefícios o nível de certeza carrega uma relação direta com a

¹⁹ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the “Equal Culpability” Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 42, 1994.

consequente culpabilidade criminal para os Estados Unidos. Na opinião do autor, o exemplo faz todo o sentido, Eis que quanto mais peças do Tabuleiro se tem maior a certeza de que um fato significativo existe a fim de tornar a conduta criminosa, e mais reprovável o indivíduo é se vai adiante Apesar de sua consciência sobre esse fato. Colocando de outra maneira quanto maior a certeza maior é a malícia assumida pelo agente ao desconsiderar Tais elementos²⁰.

Na visão norte-americana há uma corrente que entende que o agente consciente representa maior perigo à sociedade do que o imprudente. Ainda, levando-se em conta que o agente que possui o alto conhecimento tem mais certeza quanto ao que faz sua conduta ilegal, suas ações frente à certeza tem grau mais elevado e criminalidade. Quanto mais ele está consciente e quanto maior for a sua consciência sobre a ilicitude, mas calculada será sua ação. Aquele que age de maneira calculada e deliberadamente criminal tem a conduta mais reprovável e maior a chance de que seja perigoso.

2.4.1 A proposta de Husak e Callender

Husak e Callender²¹ apontam para o perigo de extensão da teoria para aqueles que tenham suspeitas infundadas, ou, então, sejam paranoicos. A suspeita deve ser restrita, na visão dos autores, àqueles que tenham motivos ditos razoáveis para sua suspeita, eis que indivíduos deliberadamente ignorantes o são pois as evidências assim os colocam.

Se compreendida como a definição de cegueira deliberada a previsão do Código Penal modelo é defeituosa por uma série de motivos. Primeiramente, nem todos os casos em que o réu parece deliberadamente cego envolvem a consciência da alta probabilidade da existência de um fato particular. Husak e Callender²² utilizam o seguinte exemplo: supomos que o estrangeiro se aproxima de dois americanos que estão a retornar para sua casa e oferece pagamento de u\$ 100 para entregar uma maleta para um contato nos Estados Unidos. Quando os turistas

²⁰ O exemplo dado pelo autor foi por nós modificado a fim de torná-lo inteligível sob o ponto de vista do direito penal brasileiro. Assim, a situação encontra-se alterada do original proposto pelo autor. CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. *Tex. L. Rev.*, v. 70, p. 1394-1395, 1992.

²¹ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. *Wisconsin Law Review*, p. 39, 1994.

²² *Ibid.*, p. 37.

perguntam sobre o conteúdo da maleta, o estrangeiro replica que é melhor não saberem. Os turistas declinam porque estão apreensivos que o ato seria legal. Então o estrangeiro modifica essa proposta a fim de persuadi-los: oferece o pagamento para cada um deles de u\$ 100 para entregar duas maletas e garante que em uma das maletas, a qual ele não irá apontar, não há nada dentro. Ambos os turistas aceitam essa oferta modificada. Supondo que os turistas sejam parados por oficiais da alfândega que abrem as maletas e encontram em uma delas entorpecentes. Poderia o turista que possui a maleta com as drogas ser condenado segundo a lei que proíbe a posse de substâncias controladas?

Nesse caso parece plausível concluir que os turistas foram deliberadamente ignorantes em ambas as propostas, em que pese o turista no último exemplo não acredite na alta probabilidade de que esteja carregando uma substância controlada. Portanto, o elemento de alta probabilidade previsto no código modelo deve ser rejeitado no tocante à cegueira deliberada.

Dentro do conceito de cegueira deliberada são três os fatores que devem ser diferenciados da mera suspeita: o primeiro, já dito, diz respeito ao fundamento da suspeita, que não pode ser baseado em emoção; o segundo trata da questão da possibilidade: em muitos casos de cegueira deliberada, existem informações altamente relevantes para um indivíduo determinar a verdade de uma proposição da qual ele é deliberadamente ignorante, e os meios para obter a verdade sobre o significado de suas ações está disponível. Sua falha em agir diante dessa suspeitas é então um sinal de cegueira deliberada. Um réu, por outro lado, não pode ter que procurar evidências para compreender a verdade dos fatos. Elas devem estar prontamente disponíveis a qualquer pessoa que tiver resposta a ter acesso a elas.

A terceira condição que diferencia um indivíduo deliberadamente cego de um meramente suspeito pode ser chamada de motivacional. O indivíduo deliberadamente cego deve ter um motivo para manter-se alheio à verdade, ele deve conscientemente desejar preservar a possibilidade de defesa sobre a culpa ou responsabilidade no evento em que ele está implicado. Sua falha em obter mais informações não pode ser meramente por preguiça, estupidez, ou falta de curiosidade.

Para fins de análise do conceito previsto no código penal modelo, essas três condições propostas pelos autores²³ devem ser consideradas como ponto de partida. Cada condição elimina consequências incompatíveis com a teoria da cegueira deliberada. Se a condição da racionalidade da suspeita não está colocada, então uma pessoa sem auto confiança pode ser considerada deliberadamente cega. Adicionalmente, se a condição da possibilidade de acesso à informação não se apresenta, a pessoa sem os meios para compreender a verdade sobre algo também poderá ser responsável com base na teoria. Por fim, uma vez não posta a condição motivacional, um preguiçoso ou aquele que não tem curiosidade pode ser explicado com base na teoria da cegueira deliberada.

2.4.2 A proposta de Charlow

Para o autor, a cegueira deliberada justifica-se quando utilizada para punir uma pessoa que pode não saber da conduta ilícita, mas está à beira de saber, e que exhibe o tipo de reprovabilidade que encontramos em um ator que tinha o conhecimento pleno. Em essência, a política criminal atual utiliza-se da teoria para punir aqueles que (1) têm informação sólida que algum elemento ou circunstância torna sua conduta ilícita; (2) estão muito próximos de acreditar que o elemento típico da conduta existe (3) intencionalmente evita tomar o conhecimento pleno sobre a ilicitude da conduta; (4) evita o conhecimento para fins impróprios, ou para continuidade do cometimento do ato que suspeita fortemente ser criminoso. Assim, o propósito de evitar sanção penal ao ignorar deliberadamente um elemento do crime (conhecimento) deve sejam incluído em todas definições de cegueira deliberada, satisfazendo a necessidade de preenchimento do efetivo conhecimento²⁴.

Segundo a proposta do autor os primeiros dois fatores garantem que a gente esteja efetivamente prestes até no conhecimento. Utilizando-se da expressão de alta probabilidade prevista no código penal modelo norte-americano a proposta de Charlie prevê a situação equiparada a fechar os olhos àquilo que de outra forma seria óbvio. O agente deve estar muito próximo a crença e que o fato em questão existe já que se houvesse a certeza enquadrar-se-ia no conceito de conhecimento.

²³ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the “Equal Culpability” Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 41, 1994.

²⁴ CHARLOW, Robin. Willful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1415, 1992.

O doutrinador ainda considera que estar próximo ao conhecimento não é por si só requisito suficiente a caracterização da cegueira deliberada. Diante disso o terceiro fator, que consiste na conduta de evitar propositadamente o conhecimento aproxima a culpabilidade à figura do conhecimento pleno. O quarto elemento parece ser o mais destacado diante da preocupação em equiparar a reprovabilidade daquele que é deliberadamente cego e o que efetivamente detém o conhecimento sobre o fato criminoso. Esse elemento consiste no propósito negativo em se manter na ignorância, seja para encobrir atividade ilícita de outrem, ou para evitar sua própria persecução penal.

Se alguém mantém-se ignorante para posteriormente negar o conhecimento quanto à sua atividade ilícita, em que pese não se possa afirmar ele detinha o efetivo conhecimento, contudo certamente considerou as consequências criminais de sua conduta, agindo mesmo assim. Para o estudioso os quatro fatores devem ser analisados em conjunto, entretanto o propósito pelo qual o agente manteve-se ignorante é que indica a reprovabilidade de sua conduta, logo, pode ser indiciado, acusado, e/ou condenado como se o conhecimento pleno detivesse. Pela proposta, o autor entende que, em vez de ser mantida a definição altamente genérica do Código Penal Modelo, seria mais prudente incluir expressamente os elementos acima destacados à letra da lei²⁵.

2.4.3 A solução de Robbins

Na visão de Robbins²⁶, a formulação do Código Penal modelo no tocante à cegueira deliberada deveria ser rejeitada. Os standards de alta probabilidade, segundo o autor, descrevem imprudência e não conhecimento. Em sua visão, há violação do princípio dos Freios e contrapesos, eis que não cabe ao judiciário modificar tipos penais, tarefa essa privativa do legislador. Como será explicado no momento oportuno nesse trabalho, a cegueira deliberada, até mesmo nos Estados Unidos, termina por ser utilizada como uma espécie de analogia ao efetivo conhecimento, ou, entre nós, dolo direto exigido por determinados diplomas legais criminais. Ainda segundo Robbins, a utilização do genérico conceito previsto no item

²⁵ CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1416, 1992.

²⁶ ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 231-234, 1990.

7 no código penal modelo viola o direito primordial do in dubio pro réu, pelo qual acusação deve provar todos os elementos constantes do tipo que acusa o indivíduo. Dentro dessa perspectiva, a linguagem deveras imprecisa do Código Penal modelo termina por permitir condenações pela mera negligência, devendo ser proibida a manipulação da definição de conhecimento prevista legalmente.

Propõe Robbins a revisão o diploma legal, incluindo-se, quiçá, um texto determinado sobre o que vem a ser a cegueira deliberada. Deve ser levado em conta que a proposta de Robbins foi feita no ano de 1990, e não acompanhou, por motivos cronológicos, a evolução jurisprudencial ocorrida nos Estados Unidos, o que não exclui, contudo, a crítica à judicialização do processo legislativo, assunto que, passados 27 anos do artigo publicado pelo autor, segue sendo de extrema importância e que causa, entre os juristas, grande preocupação.

2.4.4 A nova redação sugerida por Perkins

Perkins²⁷ critica o Código Penal Modelo no tocante à cláusula utilizada para justificar a teoria da cegueira deliberada. Na opinião do autor, os signatários do Código Penal Modelo aparentemente agiram sob a suposição de que nunca haveria evidência direta da ignorância deliberada. Permitindo-se tal utilização sem a evidência direta, deve ser limitado aos casos em que a pessoa está ciente de uma probabilidade elevada de irregularidade de sua conduta.

Assim, o autor propõe a seguinte alteração da cláusula do Código penal Modelo:

Cláusula 2.02 (7) do Código Penal Modelo deve ser alterado de alguma forma, como o seguinte: Sempre que o conhecimento da existência de um fato particular é um elemento de uma infracção, tal conhecimento é estabelecido se uma pessoa acredita que ele provavelmente existe. Um indivíduo é considerado como tendo conhecimento do que ele teria conhecido se não tivesse deliberadamente evitado saber. A cegueira deliberada pode ser demonstrada pela prova direta, ou da prova de que uma pessoa está

²⁷ PERKINS, Rollin M. Knowledge as a Mens Rea Requirement. *Hastings LJ*, v. 29, p. 963, 1977-1978.

ciente de uma alta probabilidade da existência do fato, a menos que ele realmente acredita que ele não existe.²⁸

O autor utiliza-se do Código Penal de Iowa para complementar o Código Penal Modelo, buscando introduzir a ideia do “homem médio” colocado no lugar do indivíduo que se supõe ter deliberadamente ignorado fato ou circunstância relevante que faria com que obtivesse o conhecimento pleno da ilicitude da conduta.

2.4.5 A reforma conceitual de Marcus

Para Marcus²⁹, além de confuso e redundante a segunda parte da Seção 2.02 (7) ao tratar sobre a crença da não existência de fato ou circunstância, eis que o autor entende como contraditório com a alta probabilidade exigida: “O conhecimento de um fato é estabelecido se o réu acredita que é altamente provável que o fato existe”.

Outro ponto foi a substituição da palavra ciência por crença, já que, como visto, conhecimento exige uma crença correta, algo que até então não era preenchido com a utilização do termo “ciência”.

Assim, os doutrinadores acima buscaram delimitar e justificar a cegueira deliberada, propondo mudanças legislativas ou formas de interpretação que permitam fechar o conceito de veras amplo e genérico trazido pelo Código Penal Modelo estadunidense.

²⁸ Whenever knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person believes that it probably exists. And one is deemed to have knowledge of what he would have known if he had not deliberately avoided knowing. Deliberate avoidance of knowledge may be established by direct proof, or by proof that a person is aware of a high probability of the existence of the fact unless he actually believes that it does not exist. PERKINS, Rollin M. Knowledge as a Mens Rea Requirement. *Hastings LJ*, v. 29, p. 965, 1977-1978.

²⁹ MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness. *The Yale Law Journal*, v. 102, n. 8, p. 2231-2257, 1993. Disponível em: <www.jstor.org/stable/796865>. Acesso em: 22 set. 2016.

2.5 ORIGEM DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada, também chamada de *Willful Blindness doctrine* ou *Ostrich Instructions*³⁰, surgiu nas cortes inglesas em 1861. O caso que deu origem a tal teoria é o de Regina v. Sleep³¹, no qual acusação era de posse de resina de uso naval gravados com a marca do governo, sendo tal conduta proibida pelo Embezzlement of Public Stores Act. Nesta primeira judicialização do termo, embora não tenha havido a condenação, houve manifestação no sentido de que, se a corte houvesse encontrado suficientes indícios de que o acusado tivesse deliberadamente evitado o conhecimento pleno, poderia ser condenado por sua ignorância deliberada. As cortes inglesas passaram a utilizar então a *wilfull blindness* como substituta ao conhecimento pleno.

2.5.1 A Justificativa Para Aplicação Da Teoria Da Cegueira Deliberada na Common Law

Pode-se afirmar que a justificativa normativa central para aplicação da doutrina da cegueira deliberada reside na tese denominada "Culpabilidade Iguatária". Na visão das cortes e dos estudiosos justifica-se a doutrina pois igualmente reprovável agir deliberadamente evitando o conhecimento e agir conhecendo a ilicitude da conduta ou de elementos que a circundam, O que torna, dentro da perspectiva já tratada quanto à influência do direito canônico na *common law*, a ignorância deliberada o equivalente moral ao conhecimento pleno. Resumindo a tese da culpabilidade paritária, são três as principais vertentes que a sustentam.

A primeira, mais radical, considera a cegueira deliberada com uma espécie dentro do gênero conhecimento; a segunda defende a igual reprovabilidade da conduta daquele que age evitando deliberadamente obter o conhecimento pleno da ilicitude do seu ato em relação àquele que age sabendo da ilegalidade dissuasão; a

³⁰ Em tradução literal, a primeira expressão pode ser compreendido como nós a chamamos, cegueira intencional ou deliberada. Já a segunda expressão, "Instruções da avestruz", guarda relação à figura do animal que, sentindo-se ameaçado ou diante do perigo, esconde seu bico, como se isso o tornasse imune ou alheio ao que o cerca.

³¹ ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 231-234, 1990.

terceira e última defesa da tese, mais restritiva, exige a motivação inidônea da manutenção deliberada do agente na ignorância³².

Críticos à tese da culpabilidade igualitária, Husak e Callender³³ opõem-se à ideia de que aquele que detém o conhecimento possa ser igualmente culpado se comparado àquele que se manteve deliberadamente ignorante. Em seu artigo, datado de 1994, os autores levantam a questão de que, ao menos na época, na grande maioria dos casos, o típico agente deliberadamente cego era aquele que tinha um papel muito restrito dentro de um esquema criminoso, citando como exemplo a figura da “mula” que transporta entorpecentes para benefício e lucro alheio.

Fortes críticas também foram feitas à compreensão do direito anglo-saxão, que considera todos os participantes de um esquema criminoso como igualmente culpados, sem diferenciar os estados mentais de cada indivíduo. A maior crítica, contudo, reside no fato de que, mesmo sendo aceita a tese da culpabilidade igualitária, ela não responde à questão do motivo pelo qual o deliberadamente ignorante deve responder por um crime cujo tipo penal exija o conhecimento pleno. Para os autores uma tese criada para justificar a punição de indivíduos não pode sobrepor-se a regra do direito, sob pena de desrespeito ao princípio da legalidade. Enquanto um diploma legal prever conhecimento pleno como elemento subjetivo não é possível punir aquele que não preencher tal requisito por uma mera questão de equivalência moral. O corolário da legalidade não pode dar margem a aplicações analógicas de teorias criadas, seja pela doutrina, ou pela jurisprudência.

Dessa forma, verifica-se, inicialmente, a inexistência de previsão expressa do dolo eventual, havendo a figura da culpa (*recklessly or negligently*) e do dolo direto. Ocorre que, em uma ressalva do Código Modelo, o conhecimento exigível para a caracterização do crime pode ser equiparado à situação em que a pessoa tem consciência da alta probabilidade da existência de um elemento típico³⁴.

³² SARCH, Alexander F. "Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law". **St. John's Law Review**, v. 88, n. 4. Article 4, p. 1043-1045, 2015.

³³ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 56-59, 1994.

³⁴ (7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.

Fica claro que a alta probabilidade de uma ilegalidade equipara a conduta de um indivíduo ao dolo de comissão de um delito. Partindo dessa definição, o Guia de sentenciamento federal³⁵ do Estados Unidos da América, em vez de fechar o conceito para evitar arbitrariedades, termina por abri-lo ainda mais, inserindo então a figura da cegueira deliberada: “Um indivíduo é “deliberadamente ignorante de uma ofensa” se o o indivíduo não investigou a possível ocorrência de uma conduta ilegal a despeito de conhecimento de circunstâncias que levariam uma pessoa razoável a investigar se a conduta ilegal ocorreu.”

O conceito de conhecimento do Código Modelo dos EUA e o guia de sentenciamento abrem a possibilidade de condenação dolosa para muitos casos, equiparando-se a suspeita não investigada ao conhecimento. É daí que surgem os tais *hard cases* americanos, tal como Hart defende, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, o juiz teria maior liberdade de “escolha”³⁶. Dentro dessa ideia de *hard case*, a crítica feita por Lênio Streck³⁷ é avassaladora:

Deixando isso mais claro: na medida em que nosso desafio é levar os fenômenos à representação (pela linguagem), casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano. Daí que, paradoxalmente, o caso difícil, quando compreendido corretamente, transforma-se em um “caso fácil”. É aqui que, por ser correta (sequer nos perguntaremos sobre ela), a interpretação “desaparece”.[...] O problema de um “caso” ser fácil (*easy*) ou difícil (*hard*) não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advem da précompreensão do intérprete- de se compreendê-lo.

E é exatamente essa porta que é aberta quando a doutrina falha e abandona sua função essencial, passando às cortes a análise de uma teoria mal construída, conforme será demonstrado adiante.

³⁵ (J) An individual was “willfully ignorant of the offense” if the individual did not investigate the possible occurrence of unlawful conduct despite knowledge of circumstances that would lead a reasonable person to investigate whether unlawful conduct had occurred. UNITED STATES. **Sentencing Commission Guidelines Manual**. November 1, 2014, p. 507. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016. p. 507.

³⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

³⁷ STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. p. 301. In: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008.

2.6 A CEGUEIRA DELIBERADA E AS DECISÕES DAS CORTES AMERICANAS

Em que pese não tenham sido os pioneiros no assunto, os EUA são responsáveis pela aplicação da teoria da cegueira deliberada nos moldes em que foi difundida para outros países, como o Brasil, como será visto adiante. Antes de analisarmos o que vem a ser a teoria aos olhos dos juízes estadunidenses, algumas ponderações devem ser feitas quanto ao momento de algumas das decisões que serão aqui analisadas.

Em 1970, a cocaína e maconha eram substâncias muito consumidas nos EUA. Segundo relatório da ONU³⁸, no tocante à maconha, 70% do mercado americano era abastecido pela Colômbia, obrigando os EUA a enfrentarem a questão de maneira mais severa, criando, para este fim, o Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, proibindo a importação de qualquer substância.

Nessa década, a teoria da cegueira deliberada teminou por ser aplicada nos processos criminais relacionados ao narcotráfico. Diante da dificuldade de punição dos traficantes, uma vez que a lei exigia o efetivo conhecimento da posse com a intenção de distribuir, os oficiais americanos passaram a prender e indiciar até mesmo aqueles que portavam substâncias, sob a alegação de que sabiam de sua importação. Eis que se iniciou então a aplicação em massa da cegueira deliberada, que, ao ampliar o conceito de conhecimento, permitiu condenações mesmo quando se alegava o desconhecimento da ilicitude da substância.

Nos Estados Unidos, toda vez que uma lei penal exige que o indivíduo tenha o efetivo conhecimento sobre determinado fato material, as cortes tem permitido a equiparação do conhecimento efetivo por meio da prova da ignorância deliberada. A questão é saber se dentro do modelo americano é possível equiparar conhecimento à cegueira.

Uma das maiores preocupações de tais cortes recai sobre a prova da cegueira que se pretende ver aplicada pelo júri. O sétimo circuito³⁹ articulou as categorias das evidências, dividindo-as em dois grupos: os atos (conduta positiva

³⁸ COCAINE. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/4.Cocaine.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

³⁹ MENTAL STATES. Chapter 5. p. 21-22. Disponível em: <<http://www.ca3.uscourts.gov/criminaljury/Oct2011/Final%20update%20Chapter%205.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

física) incriminadores e provas da conduta psicológica de afastamento, o que definem como “o corte da curiosidade ordinário por um ato de vontade”.

Nesta linha, e especificamente no caso da lavagem de dinheiro, o precedente *United States v. Wert-Ruiz*⁴⁰, 228 F.3d 250, julgado em 2000 pelo terceiro circuito, tratava de conspiração para consumação do delito de lavagem de dinheiro ao gerar falsos recibos para ocultar o dinheiro obtido pelo tráfico de entorpecentes. No caso, aplicada a instrução da avestruz, ao júri foi permitido concluir que a ré deliberadamente evitou o conhecimento de que estava lidando com os recursos de atividades ilegais e que as transações tinham por objetivo ocultar a fonte ilícita dos fundos. Ademais, poderiam também os jurados concluir que a utilização de linguagem codificada para as transações, a supressão de valores e o recebimento de grandes montas em papel-moeda dentro de bolsas de academia deveriam ter alertado a ré, e sua atitude inerte em enxergar o que estava à sua frente permitira a aplicação da cegueira deliberada, como se dolosa fosse sua conduta.

Colocada uma situação tal qual a descrita no caso julgado, não há grandes dúvidas da possibilidade de aplicação da teoria da cegueira, entretanto, não são todos os julgamentos que tem tais provas à evidência dos autos. Sensível é a questão da exigência do comportamento subjetivo do agente quando não existem provas robustas. O mesmo terceiro circuito, ao julgar o caso *United States v. Stadtmauer*⁴¹, 620 F.3d 238, 257 no ano de 2010, definiu que teoria da cegueira tem aplicação quando restar demonstrado que o próprio réu não tinha consciência da alta probabilidade de existência da atividade criminosa, não valendo o que o “homem-médio” faria frente à situação.

Constata-se certa tendência da Suprema Corte americana de evitar o uso abusivo da teoria da *willful blindness*. Em recente decisão⁴², ponderaram os juízes que a instrução da cegueira não pode ser aplicada a todo e qualquer caso de

⁴⁰ UNITED STATES. Court of Appeals. Third Circuit. **United States of America v. Wert Ruiz, Appellant**: nº 99-5332: Argued April. 24, 2000. September 09, 2010. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1401012.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

⁴¹ “make clear that the defendant himself was subjectively aware of the high probability of the fact in question, and not merely that a reasonable man would have been aware of the probability” UNITED STATES. Court of Appeals. Third Circuit. **United States of America v. Richard Stadtmauer, Appellant**: nº 09-1575: Argued Nov. 17, 2009. September 09, 2010. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1537754.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

⁴² We think these requirements give willful blindness an appropriately limited scope that surpasses recklessness and negligence. Under this formulation, a willfully blind defendant is one who takes deliberate actions to avoid confirming a high probability of wrongdoing and who can almost be said to have actually known the critical facts. *Ibid.*, p. 22.

suposto desconhecimento, devendo sempre serem verificados os requisitos mencionados supra, senão vejamos:

Nós entendemos que estes requisitos dão à cegueira deliberada um campo apropriadamente delimitado que ultrapassa a imprudência e negligência. Sob esta formulação, o réu “deliberadamente cego” é aquele que deliberadamente desenvolve ações para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de existência de conduta criminosa, sobre quem poder-se-á afirmar que possuía o conhecimento atual dos fatos críticos.

Depreende-se do trecho colacionado a preocupação em punir a conduta culposa como se dolosa fosse sob o véu da cegueira deliberada.

2.6.1 Spurr v. United States

O caso mais emblemático no tocante à utilização primeira nos Estados Unidos da América foi em Spurr v. United States⁴³, primeira oportunidade em que a Suprema Corte manifestou-se sobre a teoria da cegueira deliberada. Neste caso, assim pronunciou-se o juiz, considerando criminoso o ato de certificar um cheque sem que o mesmo tenha fundos suficientes a fim de que a pessoa retire dinheiro do banco:

O mesmo propósito criminoso pode ser presumido se o agente propositalmente se mantém ignorante se o sacador tem dinheiro no banco ou não, ou se é grosseiramente indiferente ao seu dever de conhecer tal fato⁴⁴.

Spurr envolveu um funcionário bancário acusado de deliberadamente certificar cheques quando não havia fundos na conta do sacador. A corte decidiu que a lei penal aplicável exigia a certificação com dolo de obtenção de dinheiro que o sacador não possuía. Na decisão, entendeu que a intenção pode ser presumida

43 Neste caso, o acusado, bancário, teria certificado um cheque sem que o indivíduo possuísse fundos suficientes. SPURR v. U.S., 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=728>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

44 And so evil design may be presumed if the officer purposely keeps himself in ignorance of whether the drawer has money in the bank or not, or is grossly indifferent to his duty in respect to the ascertainment of that fact. SPURR v. U.S., 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=728>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

se o funcionário propositadamente mantém-se ignorante acerca do fato de o sacador possui dinheiro no banco ou não, ou grosseiramente indiferente à sua função de certificar-se de tal fato. No momento de instrução do jurados, os mesmos foram orientados, caso não entendessem que havia a intenção direta, a condenarem o acusado por ter deliberadamente e de má fé mantido-se alheio ao fato, e por ter evitado perguntar ou investigar a fim de se preservar do conhecimento pleno.

2.6.2 *United States v. Jewell*

Em *United States v. Jewell*⁴⁵ o acusado foi condenado por importar 110 libras de maconha. A maconha fora ocultada em um compartimento secreto em um carro dirigido para os Estados Unidos do México. A lei penal exigia, para o caso, o necessário conhecimento acerca da posse de substâncias controladas. A alegação defensiva baseou-se no desconhecimento do réu quanto à maconha que transportava. Entretanto, havia evidências de que Jewell sabia do compartimento e teve conhecimento de fatos que indicavam que ele continha maconha. Além disso, provas indicaram que Jewell deliberadamente evitou obter o conhecimento pleno a fim de livrar-se de qualquer responsabilidade penal em eventual descoberta.

Nesse caso, o tribunal asseverou, em sua decisão, que a doutrina a cegueira deliberada pode ser extraída da lei penal. Em segundo lugar, igualou-se a a figura do conhecimento pleno e da cegueira deliberada pois, segundo os julgadores, seriam ambas as condutas reprováveis e, para fins de proteção da sociedade, deveriam ser igualmente punidos:

O Governo pode completar o seu ônus da prova por provar, além de qualquer dúvida razoável, que, se o réu não estava realmente ciente de que havia maconha no veículo que ele dirigia quando ele entrou nos Estados Unidos, sua ignorância a esse respeito foi única e exclusivamente resultado de ele ter conscientemente ignorado a natureza do que estava no veículo, com um propósito consciente para evitar a aprender a verdade.

⁴⁵ UNITED STATES. v. Jewell 532 F.2d 697 (1976). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 22 maio 2016.

2.6.3 Leary v. United States

Em *Leary v. Estados Unidos*⁴⁶, o réu foi acusado de transportar ilegalmente maconha com conhecimento de sua importação ilegal. O Tribunal utilizou como um guia geral a definição do Código Penal Modelo quanto ao termo conhecimento. O Código Penal Modelo não exige conhecimento real; em vez disso, o conhecimento de um fato é estabelecido "se uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade de sua existência, a menos que ele realmente acredita que ele não existe." O Tribunal constatou que, mesmo usando a definição de Modelo Código Penal, não poderia -se dizer que a maioria dos fumantes de maconha estavam cientes da alta probabilidade de que a maconha havia sido importada. Assim, a presunção baseada na cegueira deliberada foi considerada inconstitucional em relação àquela substância e sua ilegal importação.

Em que pese o resultado tenha sido esse, a partir desse julgado a doutrina moderna da cegueira deliberada passou a ser desenhada, sendo amplamente utilizada pelas cortes americanas a partir de então. Em verdade, a principal motivação da utilização da teoria foi a de ver presos e condenados os traficantes de drogas. Num ativismo judicial surpreendente após a abrangente lei de combate às drogas de 1970⁴⁷, os juízes americanos buscaram condenar os portadores de drogas pois deveriam ter o conhecimento de que ela seria importada, logo, praticariam o crime de importação prevista na lei penal.

2.6.4 Turner v. United States

Em decisão diametralmente oposta à anteriormente citada, em *Turner v. Estados Unidos*, Tribunal, citando o Modelo Penal Code decidiu que "aqueles que traficam heroína, inevitavelmente, tornam-se conscientes de que o produto é fruto de contrabando, a menos que mantenham-se deliberadamente alheios à obtenção de tal conhecimento" Assim, o Tribunal confirmou que o conhecimento real não é

⁴⁶ LEARY v. United States, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>>. Acesso em: 11 maio 2016.

⁴⁷ Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970. **FindLaw**. Disponível em: <<http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/comprehensive-drug-abuse-prevention-and-control-act-of-1970.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

necessário, sem oferecer qualquer outra motivação senão a citação do Código Penal Modelo.

Originalmente, as cortes utilizavam a teoria para propósitos estritos, como em *People v. Brown*, 16 P. 1 (Cal. 1887), utilizou-se da doutrina para inferir-se conhecimento real. As aplicações iniciais, entretanto, foram dando margem a uso mais amplo da doutrina, mesmo que os fundamentos não fossem aplicáveis ao caso concreto.

A utilização da doutrina não foi considerada algo sério por muitos anos, uma vez que não era amplamente aplicada, contudo, nas últimas duas décadas, verificou-se que o volume e as matérias em que se recorreu à cegueira deliberada aumentaram significativamente, como dá conta o precedente *United States v. Pacific Hide & Fur Depot, Inc.*, 768 F.2d 1096, 1098 (9th Cir. 1985), em que são relatados os tipos de casos que o nono circuito autorizou o uso da instruções, que vai desde importação e substâncias controladas até a ajuda a um fugitivo. Como o conceito de cegueira deliberada não está previsto em uma lei ou tratado, o que efetivamente é a teoria nunca foi delineado claramente.

Assim como será tratado nos demais pontos do presente trabalho em relação ao Brasil, nos EUA não houve uma fundamentação plausível por parte dos juízes em suas decisões, utilizando-se somente de citação do Código Penal Modelo, sem qualquer outro fundamento⁴⁸. O mais grave foi o fato de, em virtude da falta de precedentes de autoridade, enquanto uma parte das cortes passou a considerar conhecimento como equivalente à cegueira deliberada, outra expandiu o conceito de conhecimento para incluir dentro do mesmo a cegueira.

Rapidamente, as cortes americanas estenderam a teoria da cegueira deliberada para os crimes de receptação e até mesmo para o crime de proteção a fugitivo federal. O grande problema dessa movimentação é que os julgadores apenas citavam a teoria, sem qualquer fundamentação, muitas vezes fazendo tão-somente referência à “ampla utilização”, mesmo quando não eram muitos os casos em que havia sido aplicada a cegueira deliberada.

⁴⁸ ROBBINS, Ira P. The ostrich instruction: Deliberate ignorance as a criminal mens rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology** (1973-), v. 81, n. 2, p. 12, 1990-1991.

Ademais, no ano de 1971, a Suprema Corte julgou o caso U.S. v. Bass⁴⁹, solidificando o que nós conhecemos como *in dubio pro reo*, por lá chamado de Rule of Lenity. Naquele caso, a Corte Maior declarou que “conceitos ambíguos das leis penais deveriam ser resolvidas a favor do acusado”, contudo, a mais importante frase talvez seja a seguinte: “Um aviso justo deve ser dado ao mundo em uma linguagem que o mundo comum possa entender, sobre o que a lei pretende fazer se certa linha é ultrapassada. Para que o aviso dado seja justo, o máximo possível, a linha deve ser clara⁵⁰.”

Não obstante, as cortes americanas passaram a ultrapassar as molduras legais para buscar a punição de indivíduos que não possuíam o conhecimento pleno sobre fato típico⁵¹. Se toda a construção de Direito Penal, além da proteção dos indivíduos, protege os mesmos dos abusos do Estado, os limites traçados devem ser claros, sob pena de gerar arbitrariedades e abertura à discricionariedade exarcebada do julgador, ligados necessariamente às formas do positivismo⁵².

Posteriormente, as cortes iniciaram um movimento de “fechamento” do conceito de cegueira deliberada, muito influenciadas pela clara reprovação do congresso quanto à extensão dada às suas palavras⁵³. Constatava-se certa tendência nas decisões americana de evitar o uso abusivo da teoria da *willful blindness*.

2.6.5 Global-Tech, Inc. v. SEB S.A

Esse caso, julgado em 2011 pela Suprema Corte, trouxe o que há de mais recente quanto à aplicação da teoria da cegueira deliberada, mesmo que não se trate de um caso criminal. Em Global-Tech, Inc. v. SEB S.A., a Suprema Corte

⁴⁹ UNITED STATES V. BASS: 404 U.S. 336 (1971). **Justia U.S. Supreme**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁵⁰ "a fair warning should be given to the world in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible, the line should be clear." United States. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html>>. Acesso em: 13 set. 2016.

⁵¹ Como bem coloca Lênio Streck, “a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de 200 anos de história” nos Estados Unidos. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

⁵² STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo, p. 291. In: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008.

⁵³ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 203, 1990-1991.

deixou claro que cegueira voluntária exige que o réu deva subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato exista.

No caso em questão, após a empresa SEB inventou uma fritadeira inovadora, obteve uma patente dos EUA por seu design, e começou a vender a sua fritadeira neste país. Sunbeam Products, Inc., pediu petição Pentalpha Enterprises, Ltd., uma fabricante de eletrodomésticos de Hong Kong e subsidiária do petição Eletrodomésticos Global-Tech, Inc., para fornecer à Sunbeam fritadeiras com determinadas especificações. Pentalpha adquiriu uma fritadeira SEB que foi feita para venda em um mercado estrangeiro e, não possuía marcações de patentes dos Estados Unidos, copiando-a inteiramente, com exceção às características cosméticas da fritadeira, e contatou um advogado para conduzir um estudo para a utilização sem dizer-lhe que tinha copiado diretamente o projeto de SEB. Sem localizar patentes da SEB, o advogado emitiu uma carta de opinião afirmando que fritadeira de Pentalpha não violou qualquer uma das patentes que ele tinha encontrado. Pentalpha em seguida, começou a vender suas fritadeiras à Sunbeam, que as revendeu nos EUA sob suas próprias marcas a um preço que minou os lucros da SEB.

SEB, em seguida, processou Sunbeam por violação de patente. Embora Sunbeam tenha notificado Pentalpha do processo, Pentalpha passou a vender suas fritadeiras a outras empresas, que as revendiam no mercado norte-americano sob suas respectivas marcas. Depois de um acordo com Sunbeam, SEB processou Pentalpha, afirmando, que a mesma induziu activamente Sunbeam e os outros compradores de fritadeiras Pentalpha para vender ou oferecer para vendê-los em violação de direitos de patentes da SEB. O júri enquadrou a SEB na teoria infração induzida. O Circuito Federal afirmou que infração induzida nos termos do §271 (b) requer a demonstração de que o suposto infrator sabia ou deveria saber que suas ações induziriam infrações reais; declarou que as provas demonstraram que o suposto infrator sabia da patente; considerou que, apesar de não haver evidência direta de que Pentalpha sabia da patente da SEB antes de ter recebido a notificação da ação da Sunbeam, havia prova suficiente de que violou deliberadamente um risco conhecido consistente no fato de que a SEB teria uma patente de protecção; e disse que esse indiferença não é diferente, mas uma forma de, conhecimento real.

Enquanto os Tribunais de Justiça articulam a doutrina da cegueira deliberada de formas ligeiramente diferentes, todos parecem concordar em dois requisitos básicos: (1) o réu deve subjetivamente acreditar que há uma alta probabilidade de que um fato exista e (2) o réu deve tomar ações deliberadas para evitar a aprendizagem desse fato. Achamos que estes requisitos dão à cegueira deliberada um escopo limitado de forma adequada que supera imprudência e negligência. Sob esta formulação, o réu deliberadamente cego é aquele que toma ações deliberadas para evitar a confirmação de uma alta probabilidade de irregularidade e que quase pode ser dito ter sabido realmente os fatos críticos⁵⁴.

Ponderaram os *justices* da Suprema Corte que a instrução da cegueira não pode ser aplicada a todo e qualquer caso de suposto desconhecimento, devendo sempre serem verificados certos requisitos: a crença do agente acerca da grande possibilidade da prática de lavagem; e a ação deliberada e positiva do agente para evitar o conhecimento de tal ocorrência.

Observa-se o movimento da Corte Suprema de reaproximar os conceitos sem extravasar a lei enfrentada, uma releitura da própria Corte feita por ela mesma.

⁵⁴ After respondent SEB invented an innovative deep fryer, obtained a U. S. patent for its design, and began selling its fryer in this country, Sunbeam Products, Inc., asked petitioner Pentalpha Enterprises, Ltd., a Hong Kong home appliance maker and wholly owned subsidiary of petitioner Global-Tech Appliances, Inc., to supply Sunbeam with deep fryers meeting certain specifications. Pentalpha purchased an SEB fryer that was made for sale in a foreign market and thus lacked U. S. patent markings, copied all but the fryer's cosmetic features, and retained an attorney to conduct a right-to-use study without telling him it had copied directly from SEB's design. Failing to locate SEB's patent, the attorney issued an opinion letter stating that Pentalpha's deep fryer did not infringe any of the patents that he had found. Pentalpha then started selling its fryers to Sunbeam, which resold them in this country under its own trademarks at a price that undercut SEB's.

SEB then sued Sunbeam for patent infringement. Though Sunbeam notified Pentalpha of the lawsuit, Pentalpha went on to sell its fryers to other companies, which resold them in the U. S. market under their respective trademarks. After settling the Sunbeam lawsuit, SEB sued Pentalpha, asserting, as relevant here, that it had contravened 35 U. S. C. §271(b) by actively inducing Sunbeam and the other purchasers of Pentalpha fryers to sell or offer to sell them in violation of SEB's patent rights. The jury found for SEB on the induced infringement theory, and the District Court entered judgment for SEB. Affirming, the Federal Circuit stated that induced infringement under §271(b) requires a showing that the alleged infringer knew or should have known that his actions would induce actual infringements; declared that this showing includes proof that the alleged infringer knew of the patent; held that, although there was no direct evidence that Pentalpha knew of SEB's patent before it received notice of the Sunbeam suit, there was adequate proof that it deliberately disregarded a known risk that SEB had a protective patent; and said that such disregard is not different from, but a form of, actual knowledge. **Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.**, 563 U.S. ____; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

2.6.6 United States V. Fofanah

O esforço da Suprema Corte, entretanto, parece não ser tão bem recebido pelos circuitos dos EUA. O 2º Circuito de Nova Iorque excluiu, em decisão datada de setembro de 2014, a necessidade de demonstração por parte da acusação de “atos positivos voltados a evitar o conhecimento”. Logo, a tese do desconhecimento pode ser equiparada à assunção do risco, ou seja, o sujeito que ignora deliberadamente a origem delitativa dos valores obtidos assume o risco de cometer o delito de lavagem de dinheiro.

Em Fofanah, o réu foi acusado principalmente de conspiração para transportar veículos roubados, recorrendo da instrução de cegueira deliberada do tribunal de primeira instância. A defesa argumentou que o tribunal de julgamento errou ao dar a instrução porque não havia nenhuma evidência de que o réu tomou medidas afirmativas para evitar o conhecimento dos fatos incriminatórios e também argumentou que a evidência do conhecimento real não comporta as instruções da avestruz. No julgamento, que entendeu pela existência de provas quanto ao conhecimento efetivo, o que chama atenção é a contrariedade à recente decisão da Suprema Corte na Global-Tech, discutida acima. Um dos julgadores considerou que, ao incluir a exigência de que o réu tome “ações deliberadas para evitar o conhecimento” do fato incriminador, o Supremo Tribunal pretendia simplesmente resumir “o que entendia ser os padrões uniformes aprovados pelos vários Circuitos”, mas que “o Tribunal estava equivocado nessa observação”.

Como já referido, a Suprema Corte incluiu a exigência no sentido de traçar uma linha clara entre o conhecimento exigível para aplicação da teoria da cegueira deliberada e o menor nível de imprudência, quando um réu pode ser responsabilizado se ele apenas “ter o conhecimento um risco substancial e injustificado”. Permitir condenações pela mera imprudência quando um estatuto criminal exige conhecimento pleno ou intenção é uma das principais preocupações daqueles que criticam a doutrina da cegueira deliberada. Enquanto a decisão do 2º Circuito de Nova Iorque discute essa preocupação geral, ele o faz referindo-se à “proteção de inocentes descuidados”.

Essa equiparação, se baseada no Model Penal Code, termina por equiparada à negligência, pois deixar de tomar as medidas cabíveis para confirmação da suspeita é um ato omissivo que pressupõe consciência, mas não pode ser

equiparado ao conhecimento. O mais preocupante dessa recente decisão do 2º circuito é a seguinte frase: “em outras palavras, não há incompatibilidade entre a prova do conhecimento pleno e uma acusação por ignorância deliberada. O governo é livre para seguir ambos os caminhos simultaneamente como teorias alternativas.”⁵⁵

2.7 AS INSTRUÇÕES DA AVESTRUZ – UTILIZAÇÃO DA TEORIA PARA JULGAMENTO POR JÚRI POPULAR

Nos casos criminais, a ignorância deliberada é utilizado de duas diferentes maneiras principais⁵⁶, que serão tratadas no presente ponto e no próximo.

A primeira é o uso como evidência por meio da qual meio da qual um Júri pode inferir o conhecimento efetivo quando o conhecimento é um elemento subjetivo requerido para a comissão de determinado um crime. Os jurados são então instruídos a fim de que, se encontrarem evidências que o réu consciente e deliberadamente evitou o conhecimento efetivo sobre determinado fato, eles podem inferir deste comportamento, assim como de outros fatos em relação ao caso, que o acusado realmente tinha o conhecimento de que o fato era verdadeiro⁵⁷.

Para Robbins, as instruções da avestruz, outro nome dado à utilização da cegueira deliberada perante os jurados, levanta uma questão de compatibilidade constitucional com a exigência de que a promotoria prove cada elemento do crime, incluindo o conhecimento efetivo para além da dúvida razoável. A questão correspondente de ordem filosófica é se o conhecimento de um fato pode existir na ausência da certeza subjetiva ou da confirmação objetiva. Se as duas questões não podem ser respondidas afirmativamente, então a condenação obtida violaria direito constitucionais do réu, porque o estado não cumpriu com a sua carga probatória. Ademais, se o judiciário substitui um estado mental inferior ao conhecimento exigido legalmente, está, na verdade, violando a prerrogativa privativa do legislador para definir uma conduta criminosa.⁵⁸

⁵⁵ UNITED STATES v. FOFANAH, No. 12–4617., September 02, 2014 - US 2nd Circuit. Disponível em: <<http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643>>. Acesso em 21 jan. 2015.

⁵⁶ CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1358, 1992.

⁵⁷ Exemplo disso é o caso *People v. Brown*, em que as evidências da cegueira deliberada terminaram por suplantam a necessidade de conhecimento efetivo.

⁵⁸ ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 194-195, 1990-1991.

Charlow⁵⁹, ao contrário, em que Pese reconheça à primeira vista que seja estranho afirmar que a prova de que alguém deliberadamente limita o seu conhecimento possa ser a prova de que esse mesmo indivíduo possuía o conhecimento, acredita que a proposição não é tão estranha quando considerada dentro do que se constitui prova do conhecimento em casos criminais. Para o autor, raramente existem evidências diretas de conhecimento tal como a confissão do réu. O conhecimento é usualmente provado por provas circunstanciais tal como nos casos em que o acusado possuía os meios de conhecimento ou agiu como se os tivesse.

Frequentemente a única prova cinge-se às circunstâncias nas quais uma pessoa média na posição do réu possuiria tal conhecimento. Em outras palavras, embora conhecimento requeira o estado subjetivo de atenção, a prova baseada em standards é geralmente a única evidência de efetivo conhecimento. O caso que contém evidências de cegueira deliberada vai conter também evidências circunstanciais de que uma pessoa média saberia. Por meio de tais elementos o júri pode inferir que o indivíduo sob julgamento sabia que sua conduta era criminosa.

2.8 CEGUEIRA DELIBERADA COMO SUBSTITUTIVO À *MENS REA* DO EFETIVO CONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DA CONDUTA

Algumas das primeiras referências à doutrina da cegueira deliberada aparecem em casos Ingleses em que permitir que eu um ato ocorresse era considerado uma infração penal. O conhecimento propriamente dito quanto ao ato ocorrido e sua proibição não era necessário. Atualmente a cegueira deliberada vem sendo usada para satisfazer a *mens rea* da negligência e da imprudência.

Não é possível que a acusação busque ambas as coisas: ou o sujeito tem o conhecimento, ou foi deliberadamente ignorante. Não pode o Ministério Público processar um indivíduo simultaneamente por ter evitado o conhecimento pleno e por ter o conhecimento pleno. Parece-nos um vale-tudo que visa unicamente ferir o direito a um *fair trial*, buscando a condenação com a teoria que “colar”. Não se trata aqui de discussão culposo/doloso, mas sim doloso/equiparação ao doloso, já que, se houvesse o conhecimento, inócua seria a teoria da cegueira deliberada.

⁵⁹ CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1359-1360, 1992.

O inegável é a intenção dos juízes americanos de reescrever as leis, ultrapassando seus limites constitucionalmente previstos. André Karam Trindade e Fausto Santos de Morais⁶⁰, em artigo sobre o ativismo judicial, destacam o momento em que vivia – e ainda vive - o judiciário americano à época das decisões aqui citadas:

Segundo Wolfe (1994, pp. 6-7), com o recuo da Suprema Corte, inaugurou-se uma nova etapa, em cujo foco se deslocava da esfera econômica para as liberdades civis, na medida em que a primeira e a décima quarta emendas tornaram-se o mote de um ativismo judicial que até então não havia sido desenvolvido e que inscreveria, de uma vez por todas, a atuação desempenhada pela Suprema Corte na história do constitucionalismo: inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las.

Dworkin⁶¹, ao tratar do assunto, expressa sua preocupação dos efeitos do ativismo judicial:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima

Se o objetivo é a condenação de um indivíduo que violou uma lei penal, a tarefa de proposição de tal lei é do Congresso, e não do juiz. O julgador não pode extrapolar suas funções porque, se a teoria da cegueira deliberada fosse útil à defesa, esta usaria ao máximo tal tese⁶². Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial americano mais uma vez coloca-se além da moldura da lei, criando uma verdadeira ruptura legal. A questão, que a partir de agora será tratada no direito continental, parece-nos ainda mais complexa, uma vez que, conforme será demonstrado.

⁶⁰ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

⁶² Em Jewell, 532 F.2d at 703, o nono circuito chegou a afirmar exatamente isto, referindo que, se fosse disponível tal tese, os traficantes de drogas usariam essa defesa ao máximo nas cortes.

2.9 A PROPOSTA DE REFORMA LEGISLATIVA – CRIMINAL CODE IMPROVEMENT ACT OF 2015

Foi proposta em 2015 uma reforma legislativa chamada de “Ato de Aperfeiçoamento do Código Penal”. O projeto de lei estabelece uma culpabilidade padrão para crimes federais nos casos em que a lei não o prevê, em outras palavras, quando não há previsão quanto o estado mental requerido para de determinado crime. Este standard padrão é dividido em duas partes: primeiramente, acusação deverá provar que os Réus agiram com conhecimento, ou seja, sabiam que sua conduta era criminosa, por exemplo se uma lei proíbe o transporte de substâncias perigosas, acusação deverá provar que o réu se conhecia o conteúdo do que transportavam. A segunda parte do projeto de lei prever que se o crime consiste em uma conduta que uma pessoa razoável nas mesmas condições não saberia ou não teria motivos para acreditar que era ele cita o governo deve provar que o Real sabia ou tinha razões para crer que ação era a criminosa.

§11. Prova do estado mental exigido em casos criminais federais caso nenhum estado mental é exigido por lei para uma infração penal federal:

- (1) o estado mental que o Governo tem de provar é o conhecimento; e
- (2) se o crime consiste em conduta que uma pessoa razoável nas circunstâncias idênticas ou semelhantes não sabe, ou não teria razão para acreditar que era ilegal, o governo deve provar que o réu sabia ou tinha motivos para acreditar que o comportamento era ilegal⁶³

Se aprovada a reforma Legislativa, as cortes federais deverão coadunar-se à nova legislação, que torna mais difícil a aplicação da teoria da cegueira deliberada, principalmente nos casos de colarinho branco. O departamento de Justiça terá que provar que os réus efetivamente tinham conhecimento ou deveriam tê-lo de que determinada ação era proibida por lei, o que abrirá a margem para utilização do

⁶³ §11.Default state of mind proof requirement in Federal criminal cases If no state of mind is required by law for a Federal criminal offense—
 (1) the state of mind the Government must prove is knowing; and
 (2) if the offense consists of conduct that a reasonable person in the same or similar circumstances would not know, or would not have reason to believe, was unlawful, the Government must prove that the defendant knew, or had reason to believe, the conduct was unlawful. ESTADOS UNIDOS. **Projeto de Lei. H.R. 4002.** (ih) - Criminal Code Improvement Act of 2015. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?packageId=BILLS-114hr4002ih>>. Acesso em: 12 out. 2016.

desconhecimento em favor da defesa, impedindo a equalização ao conhecimento, como já visto nas decisões tratadas ao longo desse capítulo.

3 A UTILIZAÇÃO DA CEGUEIRA DELIBERADA NA CIVIL LAW - FUNDAMENTOS

No Brasil e em diversos países temos acompanhado a “*commonlização*”⁶⁴ do Direito, ou seja, os precedentes parecem fazer a lei nos dias de hoje. Dentro desse contexto histórico, temos também o verdadeiro “escanteamento” da doutrina, reclusa em gabinetes no aguardo de novas decisões para comentar, quando, na verdade, deveria estar sendo comentada nas decisões.

Diante do quadro apresentado, a teoria da cegueira deliberada foi sendo incorporada à *Civil Law* sem qualquer teste ou adequação, servindo aos julgadores solipcistas como maneira de garantir a condenação que entendem cabível. Demonstraremos, a seguir, que a utilização da teoria da cegueira deliberada no direito continental passar por questões mais complexas do que nos EUA, eis que temos a figura do dolo eventual, que, em uma análise primeira, parece ser um equivalente à teoria.

Inicialmente deve ser apontado que direito penal anglo-saxão, quando comparado aos sistemas de influência Germânica, difere no tocante à imputação subjetiva. Como vimos, existem quatro formas possíveis de *mens rea* no direito norte-americano, enquanto direito Continental se divide entre dolo e culpa. A Civil Law, menos refinada que a common law, utiliza-se de figuras conceituais como dolo direto e dolo eventual, conceitos estes que podem de certa forma equiparar-se às figuras do conhecimento pleno e da imprudência.

Como mencionado no primeiro capítulo, a origem da cegueira deliberada é na *common law*, e surgiu para punir o acusado que apenas contava com a alta suspeita ou elevado grau de possibilidade de que participava de um ato ilícito. Entretanto, para Civil Law, não é importante tal exigência, uma vez que o dolo eventual já se presta a punir aquele que conta com um grau de representação suficiente da tipicidade de sua conduta e mesmo assim assume o risco de levá-la a cabo. A figura do dolo eventual é mais ampla que da cegueira deliberada esquece a última não é aplicável a eventos futuros ou próximos.

⁶⁴ O termo foi ventilado por Lênio Streck em sua coluna no Conjur, externando sua preocupação no tocante à inclusão de um capítulo sobre precedentes no projeto do Código de Processo Civil à época do artigo. STRECK, Lênio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei**. Viva o common law! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 11 set. 2016.

Serão necessários estudos introdutórios acerca das diferenças básicas entre civil e common law e da teoria do dolo para que, então, seja possível analisar a possibilidade de enquadramento da teoria da cegueira deliberada no direito penal Continental.

3.1 A TRADIÇÃO DA CIVIL LAW – ORIGEM E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

O termo "direito civil" é derivado das palavras latinas "jus civile", pelo qual os romanos designadas as leis que apenas os cidadãos romanos ou "cives" foram originalmente privilegiada para desfrutar. Pode-se dizer que a Civil Law é o sistema legal mais antigo e amplamente distribuído, cuja origem remonta a 450 a.C. Mesmo sendo o mais velho dos dois sistemas, a Civil Law levou exponencialmente mais tempo para desenvolver-se do que a Common Law.

O termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.⁶⁵

As influências principais da Civil Law advém do direito romano, bem como do direito canônico. Combinado com o direito romano, formaram a base das leis aplicadas na Europa neste tempo. Também influente no desenvolvimento de um quadro legal comum na Europa era o direito comercial. Estas três vertentes, de acordo com Merryman⁶⁶, "são as principais fontes históricas dos conceitos,

⁶⁵ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 270.

⁶⁶ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition**: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. 2nded. Stanford: Stanford University Press, 1985. p. 21.

instituições e procedimentos do direito privado e direito processual, e grande parte do direito penal dos sistemas da Civil Law moderna."

Em jurisdições de Civil Law a principal fonte do direito é a legislação, e grandes áreas são codificadas de uma maneira sistêmica. Esses códigos constituem uma característica muito distinta de um sistema jurídico romano, ou a lei assim chamada civil. Embora a forma pela qual são aprovados é por processo legislativo adequado, estes códigos são bastante diferentes das leis ordinárias. Nesse aspecto, Merryman novamente traz importante elucidação acerca do caráter estático da Civil Law codificada:

Um código, por mais completo que possa parecer, é promulgado depois que mil perguntas inesperadas são apresentados ao juiz. Porque as leis, uma vez escritas, assim permanecem. O homem, pelo contrário, nunca permanece o mesmo, ele muda constantemente; e essa mudança, que nunca para, e cujos efeitos são tão diversamente modificados pelas circunstâncias, produz a cada instante uma nova combinação, algum fato novo, algum novo resultado.⁶⁷

Os magistrados no século 20 na França eram constantemente acusados de abuso e de proteção as nobres e ao clero. Com a revolução francesa buscou-se limitar atuação judicial tornando os juízes verdadeiros mensageiros da lei, cuja atuação limitava-se aplicação do texto legal. Marinoni⁶⁸, destaca, com propriedade, a atmosfera criada pós revolução:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.

⁶⁷ A code, however complete it may appear, is no sooner promulgated than a thousand unexpected questions are presented to the judge. Because the laws, once written, remain as they were written. Man, on the contrary, never remains the same, he changes constantly; and this change, which never stops, and the effects of which are so diversely modified by circumstances, produces at every instant some new combination, some new fact, some new result. MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1985. p. 30.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 46, jun. 2009.

3.2 A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NA CIVIL LAW – O PROCESSO DE “COMMONLAWLIZAÇÃO” DO DIREITO CODIFICADO

Até pouco tempo atrás era possível afirmar que nas jurisdições sujeitas à Civil Law, a função das cortes era meramente de aplicação da lei escrita, o que significaria uma atuação deveras restritiva do Judiciário. Atualmente, entende-se que, ao aplicar a lei, a corte pode ir além do escopo legal, preenchendo as lacunas em que a lei é silente ou insuficiente, o que nos permite afirmar o surgimento de uma função Legislativa por parte do Judiciário. Ocorre que no sistema da Civil Law brasileira, por exemplo, um tribunal não está obrigado a seguir um precedente, mesmo que os fatos sejam idênticos e a decisão seja da própria corte em questão⁶⁹, à exceção às súmulas⁷⁰ e aos itens abaixo nominados:

a) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade; b) as decisões que deferem liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Declaratória de Preceito Fundamental (ADPF); c) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de recurso extraordinário; d) as decisões do STF acerca da repercussão geral; e) as decisões do STF em recurso extraordinário, versando sobre causas repetitivas; as súmulas vinculantes; f) os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais e, g) as decisões dos tribunais de justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual.⁷¹

⁶⁹ O'CONNOR, Vivienne. **Common Law and Civil Law Traditions**, p. 12, 17 February 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2665675>>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁷⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Na common law, existe a figura da Stare Decision, um princípio que exige que um juiz siga os precedentes estabelecidos anteriormente. Isto aplica-se aos precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores. Um tribunal superior não será obrigado a seguir o precedente de um tribunal inferior, mesmo quando os fatos sejam idênticos. O'CONNOR, Vivienne. **Common Law and Civil Law Traditions**, p. 14, 17 February 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2665675>>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1328-1331.

A Constituição de 1988 pode ser considerada ponto de evolução da Civil Law, uma vez que deu ao julgador o controle da lei a partir o texto constitucional. Assim, não há mais que se falar em juízo como boca da lei, esse que agora é verdadeiro o protetor da Carta Magna, podendo inclusive negar vigência a uma lei que entenda ser contrária a Constituição. Não bastasse, em nosso ordenamento, o magistrado tem muito mais poder do que o norte-americano, já que não é obrigado a respeitar à grande maioria dos precedentes judiciais.

3.3 A BUSCA PELA “TRANSNACIONALIZAÇÃO” - A INFLUÊNCIA EXTERNA PARA APLICAÇÃO DA TEORIA CEGUEIRA DELIBERADA

Não há dúvidas quanto à influência externa de diversos atores na construção de um *legal frame*. O que até então se atribuía à globalização, com a nova doutrina, verifica-se que se trata de um trabalho de formação de leis e teorias transnacionais, e, diante disso, imprescindível a análise dos conceitos que cercam tais termos. Esse processo de transformação transnacional deve ser analisado criticamente.

Para Shaffer⁷², vivemos em uma era transnacional, e, embora sempre tenhamos vivido, foi a interação cultural e econômica acentuada dos últimos anos que fez com que essa característica ficasse mais evidente. As leis sempre foram deveras associadas à noção de estado-nação, mesmo leis internacionais privadas, sempre há a noção de internacional, o que pressupõe, pela leitura da palavra, duas nações. Normativa global, por sua vez, pressupõe a efetiva globalização absoluta de tais leis, algo mais difícil de ser verificado.

Uma teoria normativa transnacional, por sua vez, pode ser considerada como aquela aplicável para além das fronteiras nacionais, em relação a partes sujeitas a diversas jurisdições. Na verdade, o conceito de teoria legal transnacional permite que sua fonte seja uma soft ou hard law, e até mesmo códigos internos de empresas multinacionais, por exemplo, o que será analisado no momento oportuno. A preocupação principal não reside no conceito em si de teoria legal transnacional, mas sim do modo que ela surge, o processo pelo qual passa para então ser efetivamente encaixada no conceito acima. O processo legal transnacional, em que

⁷² SCHAFFER, Gregory. "Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints". *Law & Social Inquiry*, v. 37, l. 2, p. 229-264, Spring 2012.

pese possa ser fruto de intensas interações entre fronteiras e além destas, geralmente é conduzido por atores com determinado objetivo.

A finalização do processo cria o que pode ser chamado de ordem legal transnacional, que Shaffer⁷³ caracteriza como uma coletânea de normas legais transnacionais e instituições associadas em um determinado domínio/área. Sob a concepção do autor, basicamente tudo e o envolvimento de todos é passível de ser considerado como teoria legal transnacional, algo deveras amplo em sociedades tão diversas. Mesmo que na visão de Shaffer o processo de criação de uma lei transnacional envolva o que chama de recursividade, o qual define como não unidimensional, havendo a interação extrema entre o ator criador da lei e aquele que este pretende ver replicá-la, os efeitos dessa proposta são, na prática, diversos.

A legitimidade, sob o ponto de vista sociológico, diz respeito à crença subjetiva de um ator quanto à obediência de uma norma. A legitimidade da norma transnacional é relacionada aos participantes de sua criação, a forma de sua criação e os resultados da mesma. Normalmente, é aceita quando formulada por agentes que dividem seus interesses, por um processo correto e justo, e com resultados eficazes.

Os agentes podem passar a adotar ou se adaptar às normas transnacionais por alguns principais motivos, entre eles a coerção, o interesse ou a persuasão. As sanções são sempre mais eficazes. O poder das normas transnacionais podem ser tratados sob quatro aspectos: 1. Perspectiva das agências: tem recursos e, portanto, podem incentivar ou deslegitimar uma norma transnacional⁷⁴; 2. Institucional: investem na legitimidade; 3. Estrutural: criam estruturas que demonstram as vantagens, permitindo a compreensão de seus interesses; 4. De Produção.

Os estudos trazidos por Schaeffer demonstram que a coerção é menos efetiva quando a legitimidade do regime internacional é posta em xeque.

A precisão da lei é um influencia em seu cumprimento. Quanto mais a norma transnacional for clara, vinculante, e seu conteúdo interpretado e aplicado, maior será a vontade de incorporação por estados e outros atores. Por mais clara que seja, se a norma transnacional estiver em conflito com outra, maior é a chance de não ser cumprida. Por outro lado, normas claras que se complementem, maior é seu apelo. Momentos históricos também aumentam ou diminuem o apelo e legitimidade

⁷³ SCHAFFER, Gregory. "Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints". *Law & Social Inquiry*, v. 37, l. 2, p. 229-264, Spring 2012.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 230.

de normas transnacionais, podendo ser citado aqui o evento de 11 de setembro como legitimador de várias leis transnacionais, entre elas a ampliação da lavagem de dinheiro envolvendo terrorismo, conforme será estudado.

O processo de criação da norma transnacional é pensado na perspectiva top-down em termos de estrutura e bottom-up em relação aos intermediários e agências. Os Estados Unidos da América e a Europa são os maiores criadores de normas transnacionais e dispõe de diversos meios de induzir outros estados a adotarem suas normas, como por exemplo o orçamento do Fundo Monetário Internacional - FMI.

É por isso que, do ponto de vista estrutural, pode-se falar em top-down, quando a assimetria entre o estado criador e o receptor é tao grande que as normas transnacionais terminam por servir de meio que o mais poderoso modifica as políticas do mais fraco. Contudo, Schaeffer alerta para o problema da coerção, que, de certa maneira, não gera a completa implementação como quando feita pela persuasão ou interesse próprio, eis que a coerção gera ressentimento. Pode ser formalmente interessante, contudo, o law-in-action qual seja, a efetividade da implementação resta prejudicada. Dentro dessa perspectiva, Schaeffer destaca a importância dos intermediários, como sendo as portas de entrada das normas transnacionais. São privados ou públicos e oferecem diagnósticos da situação nacional, sendo, nas palavras de Dezalay, “essencial para a credibilidade e legitimidade das normas transnacionais”.

Além de moldar o direito nacional substancial, os processos legais transnacionais tem efeitos maiores. Em um primeiro momento, geram alterações na lei nacional: modificam as constituições, as leis penais, e diversos outros segmentos. A implementação da lei transnacional pode ser vista como um processo dividido em dois estágios: o primeiro é a incorporação formal e o segundo é a implementação na prática.

Como segundo ponto principal, podem ser destacadas as alterações nos limites do estado, mercado e ordem social: com a influencia transnacional, o estado pode alterar suas responsabilidades, ser demandado a fazer mais, ou menos, bem como criar modelos de administração baseados em parcerias público-privadas. A maior e menor regulamentação também entram em voga, numa dicotomia estado neoliberal e estado mantenedor. Embora o conceito de direito transnacional possa sugerir um recuo do estado, parece que muito mais existe uma adaptação, e a

soberania estatal passa para outros entes, sejam eles supranacionais ou do mercado.

O processo ocasiona uma mudança da arquitetura institucional do Estado: as mudanças implementadas podem gerar conflitos internos entre as partes que passam a perder e as que passam a ganhar poder. Pode até mesmo haver uma disputa entre os poderes legislativo judiciário e executivo. Schaffer refere que as cortes são tradicionalmente fracas nos países em desenvolvimento, situação que vem mudando com os processos legais transnacionais. Exemplo factível: ações de alimentos que obrigam o Estado. Pelo fato do processo partir normalmente dos mercados, esse segmento exige maior grau de especificidade, podendo terminar por criar governos tecnocráticos, afastando a representatividade. Um possível problema em relação a este grau de especialização é o fato de que as diferentes áreas (economia, direito...) terminam por competir, gerando a busca pela manutenção de sua área específica.

O fenômeno da transnacionalidade faz com que indivíduos e grupos dentro e fora do governo contem com auxílio além das fronteiras nacionais. A primeira forma de accountability transnacional é a pressão do grupo através de monitoramento. Estes dados novos e novas formas de accountability trouxeram uma nova forma de pensar a cidadania e o papel da sociedade civil e de seus representantes. Ocorre até mesmo a ampliação da consciência legal.

Em que pese Shaffer não compreenda os movimentos atuais como internacionais, eis que busca afastar o conceito de estado-nação Westphaliano, a ideia de recursividade proposta pelo mesmo parece sempre ter um caráter estatista, eis que, mesmo que o ator seja privado, ele está inserido em um contexto doméstico, não podendo ficar alheio a esse fato. Ocorre que, passando pelo Estado ou não, verifica-se que não existe uma preocupação de construção de um processo de implementação de leis transnacionais. O que se verifica é uma aplicação acrítica de recomendações e projetos legais de entes transnacionais, sem qualquer consideração ao contexto legal nacional.

Conceitos como recursividade e conseqüente legitimidade da lei transnacional propostos por Shaffer não são nem mesmo conhecidos pelos setores da doutrina penal, o que leva à aceitação passiva da pressão transnacional. Importante destacar que todo o movimento de legislação dessa espécie é proposta por um ator que, na

maioria das vezes, possui agendas ocultas ou abertas, o que deve ser levado em conta na inclusão nacional de leis dessa espécie.

Esse é o ponto chave, que será tratado a seguir, no ponto que diz respeito a esse “implante” ou “transplante” das chamadas leis transnacionais na legislação pátria, sem que características como a recursividade sejam analisadas. Verifica-se que a teoria de Shaffer traz importantes contribuições para compreensão do modo de implementação de normas ditas transnacionais dentro da moldura do sistema da civil law. No tocante à cegueira deliberada, esse fenômeno claramente parte de um discurso norte-americano para coibir a prática de crimes do colarinho branco e o narcotráfico, por vezes de difícil prova e de difícil condenação se consideradas as garantias previstas em certos sistemas jurídicos.

3.3.1 As pressões do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAF//FATF)

A globalização desempenhou importante papel na transnacionalização do delito de lavagem. Hoje, os criminosos buscam região mais improváveis para realizar a lavagem, onde o controle é escasso, e, mais que isso, onde possam firmar novas alianças ilegais facilitando o delito. Nesse sentido, como afirma Peter Lilley⁷⁵,

Lastreando a expansão da lavagem de dinheiro bem-sucedida, encontramos a globalização. A globalização é, além disso, força motriz que impulsiona a expansão e a influencia cada vez mais rápidas e abrangentes do crime organizado. Embora fosse anteriormente possível (até certo ponto) conter o crime organizado dentro do respectivo país de origem, as quadrilhas hoje cada vez envolvidas em atividades criminosas transnacionais, para as quais as fronteiras geográficas são irrelevantes.

Como alguns países não são signatários de normas internacionais ou não colaboram no sentido de prevenir o delito, os criminosos encontram maior facilidade para interagir naquele sistema financeiro. No que tange às facilidades da internacionalização do delito, podemos citar algumas vantagens obtidas pelos delinquentes da transposição das fronteiras locais, quais sejam:

⁷⁵ LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. São Paulo: Futura, 2001. p. 47.

a) a possibilidade de elidir a aplicação de normas estritas, e com isso a jurisdição de países que mantêm políticas severas de controle e lavagem de dinheiro; b) a obtenção de vantagens através dos problemas de cooperação judicial internacional e de intercâmbio de informações entre os países que têm leis diferentes, sistemas penais diferentes e, também, distintas culturas administrativas; c) permite aos lavadores que se beneficiem das deficiências da regulação internacional e sua aplicação, desviando os bens objetos de lavagem àqueles países com sistemas mais débeis de controle e persecução da lavagem de dinheiro⁷⁶.

A primeira forma de accountability transnacional é a pressão do grupo através de monitoramento. Grande exemplo disso é o GAFI – FATF⁷⁷, que confecciona relatórios sobre os países e seu estado de comprometimento com o combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, criando uma pressão em seu reporte que também pode ocasionar perdas financeiras e de grau de investimento. Estes dados novos e novas formas de accountability trouxeram uma nova forma de pensar a cidadania e o papel da sociedade civil e de seus representantes. Ocorre até mesmo a ampliação da consciencia legal.

3.3.1.1 GAFI/FATF e a cegueira deliberada

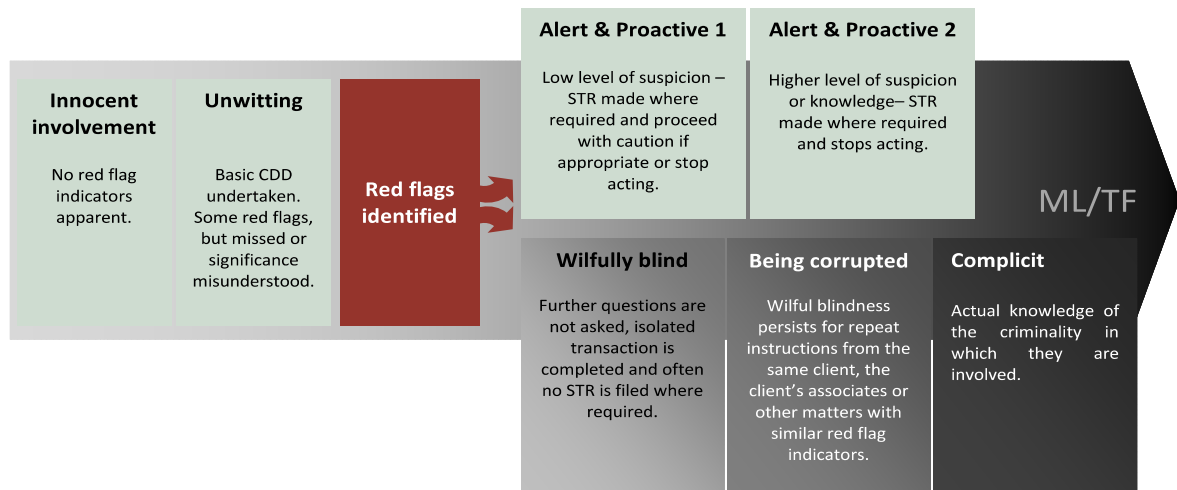
O Grupo de Ação Financeira, já trata da ideia da cegueira deliberada. Segundo recente relatório, o organismo identificou a situação de ocorrência da

⁷⁶ CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷⁷ O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um organismo inter-governamental criada em 1989 pelos Ministros de suas jurisdições-membros. Os objetivos das normas do GAFI são promover a implementação de medidas legais, regulamentares e operacionais eficazes para combater a lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas com a integridade do sistema financeiro internacional. O GAFI é, portanto, "órgão criador de políticas" que funciona para gerar a vontade política para trazer reformar a legislação e regulamentações nestas áreas. O GAFI tem desenvolvido uma série de recomendações que são reconhecidas como o padrão internacional para o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e a proliferação de armas de destruição em massa. Eles formam a base para uma resposta coordenada a essas ameaças à integridade do sistema financeiro e ajudam a garantir a igualdade de condições. Emitido pela primeira vez em 1990, as Recomendações do GAFI foram revistas em 1996, 2001, 2003 e, recentemente, em 2012, para a maioria dos garantir que eles permaneçam atualizados e relevantes e que se destinam a ser de aplicação universal. A FATF monitora o progresso dos seus membros em medidas de aplicação necessárias, Comentários de lavagem de dinheiro e técnicas de financiamento do terrorismo e contra-medidas, e promove a adopção e implementação de medidas adequadas a nível mundial. Em colaboração com outros parceiros internacionais, os trabalhos do GAFI a identificação identificar as vulnerabilidades de nível nacional com o objectivo de proteger o sistema financeiro contra uso indevido internacional.

cegueira deliberada e a consequência de tal conduta, conforme demonstra o infográfico abaixo:

Figura 1 - Situação de ocorrência da cegueira deliberada e a consequência de tal conduta



Fonte: Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20and%20TF%20vulnerabilities%20legal%20professionals.pdf>>.

O grupo chama de bandeira vermelha, ou, “red flag”, as circunstâncias ou elementos que identifiquem a prática de lavagem de dinheiro. Onde os indicadores de bandeira vermelha estão presentes, podem ser tomadas duas abordagens distintas. A que nos interessa, em destaque como “wilfully blind” acima, prevê que o indivíduo não faz perguntas subsequentes, realiza a operação sem preencher qualquer relatório de atividade suspeita. Segundo o GAFI, nesses casos, o indivíduo torna-se cúmplice do crime, respondendo como se possuísse o conhecimento efetivo da prática delituosa.

Essa conclusão, extraída da doutrina norte-americana, verdadeiro motor do GAFI, termina por ser amplamente utilizada quando da avaliação dos países quanto ao grau de comprometimento com as instruções e relatórios de tipologia, forçando o direito doméstico a adotar conceitos similares, senão idênticos, evitando assim qualquer sanção por parte da comunidade internacional.

3.3.2 “Transplante legal”, “Irritância legal” ou “Tradução legal” da common law para a civil law – questões terminológicas

A maior parte da lei da maioria das jurisdições ocidentais é o resultado de empréstimos legais de outros lugares. Mais interessante, porém, e talvez não tão amplamente aceito, é a existência comum de um predisposição ao transplante de determinada jurisdição. Embora uma regra totalmente imprópria seja muito improvável de ser emprestada voluntariamente, acontece frequentemente, eis que não se busca a melhor regra de qualquer lugar, mas sim consistentemente de um determinado sistema, mesmo que nem sempre possua as regras mais adequadas.

Na visão do criador do conceito de transplantes legais, Alan Watson, muitas vezes as regras estrangeiras são transplantadas sem investigação acerca de sua possibilidade e plausibilidade de enquadramento. As principais causas dessa “preferência”, por assim dizer, baseiam-se na alta posição geral do sistema doador; grande prestígio em geral, além de sua lei, do doador; uma tradição jurídica compartilhada do doador e tomador; e a acessibilidade para importação⁷⁸.

Para o autor, os mesmos são exitosos porque poderiam ser feitos a partir de um sistema jurídico muito diferente, até mesmo de um em um nível muito mais elevado de desenvolvimento e de uma complexidade política diferente. O que o reformador da lei procura em sistemas estrangeiros é uma ideia do que poderia ser transformado em parte da lei de seu país. Para isso, um conhecimento sistemático da lei ou da estrutura política do sistema doador não é necessário, embora um reformador da lei com tal conhecimento seria mais eficiente. Transplantes de sucesso poderiam ser alcançados mesmo quando não se tenha conhecimento do contexto político, social ou econômica da lei estrangeira⁷⁹.

A “irritância legal” de Teubner⁸⁰ claramente evita a maior parte dos problemas associados à metáfora de transplante. Particularmente, é capaz de transmitir a ideia de que a transferência da norma legal ou doutrina pode levar a uma série de transformações nos sistemas legais e sociais receptores. No entanto, apresenta deficiências importantes, a principal das quais é que perde a dimensão comparativa

⁷⁸ WATSON, Alan. “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture.” **University of Pennsylvania Law Review**, v. 131, n. 5, p. 1147, 1983. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3311936>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁷⁹ WATSON, Alan. Legal transplants and law reform. **Law Quarterly Review**, v. 92, p. 79, 1976.

⁸⁰ TEUBNER, Gunter. **Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences**. v. 61, Mod. L. Rev. 11 (1998).

que fez o conceito de “transplante”. Utilizando-se dessa terminologia, a dimensão comparativa é perdida em relação tanto aos sistemas jurídicos original e receptor como entre a ideia original ou prática e aquela transferida.

Na visão de Langer⁸¹, o grande problema do termo “transplante legal” cunhado por Watson, é quanto ao que vem a ser a norma. O significado de uma norma jurídica não é determinado, ou indeterminado, pelas palavras que expressam essa regra apenas, mas pelo resto do contexto, i.e. o sistema legal que esta regra está situada. Portanto, toda vez que as palavras que expressam uma regra legal são transferidas do sistema legal A para o sistema legal B, o significado dessas palavras vai mudar porque não existem dois sistemas jurídicos exatamente iguais em relação aos contextos de significado. A transformação da regra transferida, e portanto a sua impossibilidade de transplante, vai ser ainda maior quando proveniente da common law para a civil law ou vice-versa, dadas as profundas diferenças entre os dois tipos de sistemas jurídicos⁸².

3.4 O DOLO: ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O tipo penal tem como elemento subjetivo o dolo. O crime para o Direito Penal Continental é dotado de um caráter tripartido composto pela conduta humana voluntária típica antijurídica e culpável, e, no tocante atipicidade existem elementos objetivos e subjetivos, restando os últimos relativos ao ânimo do indivíduo. Para Wessels⁸³ o dolo é o conhecimento e a vontade do crime, ou, como o próprio autor define, vontade de realização de um tipo penal com conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas.

Como sabemos, a lei não define o dolo e, por isso, partimos de um conceito básico e tradicional que diz que o dolo é o conhecimento e a vontade de realizar o tipo. Porém, essa definição serve somente como ponto de partida⁸⁴.

⁸¹ LANGER, Máximo. 'From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure'. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. (1), Winter 2004.

⁸² Contrariando a expressão “transplante legal” e apontando as falhas terminológicas de Watson, Pierre Legrand, em ‘The Impossibility of Legal Transplants’. **Maastricht Journal of European & Comparative Law**, v. 4, p. 111, 1997, traz diversos exemplos que ilustram o problema.

⁸³ WESSELS, Johannes. **Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais)**. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 50.

⁸⁴ STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal. Parte General I**. Navarra: Thomson Civitas, p. 146.

A história da dogmática penal mostra que a doutrina, há muito tempo, vem se esforçando na modificação do conceito para incluir na teoria do dolo um grupo de casos críticos nos quais não se pode dizer que o autor tenha desejado o resultado no verdadeiro sentido da expressão, ou seja, da linguagem coloquial ou se foi consciente, inclusive não só de uma mera possibilidade de que ele pudesse produzir como consequência de sua conduta⁸⁵.

Discute-se há décadas com grande perseverança em qual fator do acordo deve colocar-se mais força: se mais no fator intelectual ou mais no fator volitivo. Em todos os casos omissos se põe na mira uma diferença que tem um peso suficiente, como para se fazer compreensível o distinto tratamento de delito doloso e delito culposo ou menos no âmbito central do Direito Penal, ou seja, a intenção chamada dolo contraria o direito de modo mais direto, a mera imprudência não.

Segundo Welzel, toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, é dizer pela consciência do que se quer - o momento intelectual - e pela decisão a respeito do querer realiza-lo - o momento volitivo. Ambos momentos conjuntamente como fatores configuradores de uma ação típica real foram o dolo ou dolo do tipo. A ação objetiva é a execução adequada do dolo. Essa execução pode ficar somente nos atos iniciais de execução, ou seja, no seu começo que é a tentativa e, neste caso, o dolo não vai mais além do que se logra alcançar. Se a decisão do fato é executado adequadamente até o término, o fato-crime está consumado. Neste caso o fato total não só foi querido dolosamente, mas também executado dolosamente⁸⁶.

O dolo como mera resolução é penalmente irrelevante, já que o Direito Penal não pode alcançar o puro ânimo. Somente nos casos em que conduza a um caso real e o governo passa a ser penalmente relevante⁸⁷.

Em outras palavras, o Direito Penal não se presta à punição da mera vontade como resolução subjetiva interna, pois se correria o risco de incorrer em um mero ordenamento de tutela da moral (punição pelo pensar). Ao contrário, considerando-se que o Direito Penal não se volta, propriamente, à tutela da moral, mas à proteção de bens jurídicos essenciais ao adequado desenvolvimento da sociedade, apenas pode se permitir a atuação do Direito Penal quando a mera resolução da vontade for

⁸⁵ STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal**. Parte General I. Navarra: Thomson Civitas. p. 147-148.

⁸⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. **Editorial Jurídica de Chile**, p. 77, 1993.

⁸⁷ Ibid., p. 78.

exteriorizada em uma conduta elegida como objeto de incidência do Direito Penal, abarcada por um tipo penal incriminador.

O dolo, ao final, em nada mais se constitui do que o elemento subjetivo do tipo penal. Assim, deve-se ter presente qual a posição por ele ocupada na teoria do crime. Assim, deve-se ter presente que, durante a história dogmática do Direito Penal, predominou a concepção tripartida de crime, que desmembra o fato criminoso em três elementos essenciais, que são a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.⁸⁸

Inicialmente, concebe-se o crime como uma conduta humana voluntária dotada de tipicidade. Isto é, deve essa conduta penalmente relevante ser objeto de proibição legal expressa pelo ordenamento jurídico-penal.

Em um segundo momento, a conduta típica deve ser contrária ao ordenamento-jurídico como um sistema integrado de proibições e permissões, inexistindo, dessa forma, alguma das causas permissivas da conduta proibida (do que são exemplos os casos de legítima defesa).

Ao final, ainda se faz necessário um juízo de reprovação em relação ao próprio agente criminoso, estabelecendo-se a sua “capacidade criminal”, o que, por exemplo, não se verificará em caso de doença mental que retire, do agente, a capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta ou a sua capacidade de autodeterminação.

Isso quer dizer, conforme destacam Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, que o fato típico não é composto apenas de elementos objetivos de natureza descritiva ou normativa – isso, ao menos, a partir do momento que o tipo penal deixa de ser um mero processo causal.⁸⁹ O tipo penal também se compõe de elementos conhecidos como subjetivos, pertencentes ao mundo psíquico-espiritual do agente.⁹⁰

Todo dolo tem um aspecto intelectual e um volitivo (conforme a vontade). A parte intelectual compreende o conhecimento atual de todas as circunstâncias objetivas do fato do tipo legal. Não é suficiente que o autor conhecesse potencialmente as circunstâncias do fato, isto é, que pudesse fazê-las aflorar em sua

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 213.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 281.

⁹⁰ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 34.

consciência. É preciso muito mais. É necessário ter realmente a consciência dela no instante do fato de sua conduta, haver representado, haver percebido, haver pensado nelas, sendo isso sim diferente a intensidade da consciência segundo se se trata do fim dos meios ou de uma circunstância concomitante⁹¹.

Assim, para atuar dolosamente, o sujeito da ação deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como típica. O elemento intelectual do dolo se refere, portanto, aos elementos que caracterizam objetivamente a ação como típica. Conhecimento que exige o dolo é um conhecimento atual, não bastando o conhecimento meramente potencial, ou seja, o sujeito deve saber o que faz, não basta que houvesse podido ter esse conhecimento.

A parte volitiva do dolo é a vontade incondicionada de realizar o tipo (vontade de realização). O “querer” condicionado, isto é, aquele ainda não decidido não pode significar dolo de nenhum modo.

De acordo com Welzel, esse “querer” é gramaticalmente um verbo auxiliar e necessita para sua precisão inequívoca de um verbo principal, pois no Direito Penal está proibida a realização do tipo objetivo de um delito sem conduta. O querer no Direito Penal é a vontade de realização referente a um tipo de um delito. Portanto, no Direito Penal “querer” não significa querer “ter” ou querer “alcançar” (em sentido de aspirar), mas querer “realizar”.

Segundo Bustos Ramírez, ainda que se queira desprover o dolo de um caráter psicológico volitivo e colocá-lo desde um ponto de vista valorativo social, certamente deve-se reconhecer que pressupõe sempre são, ao final, um fator “psíquico” ou de “condução” que resulta fundamental⁹².

⁹¹ WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. **Editorial Jurídica de Chile**, p. 78, 1993.

⁹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal**. Parte General. Barcelona: Ariel Dereco, 1984. p. 209.

3.5 TIPICIDADE SUBJETIVA: O DOLO E A CULPA

3.5.1 As teorias do dolo

Costuma-se referir que o dolo é composto de dois elementos, um intelectualivo (ou cognitivo) e outro volitivo. Disso decorre o consenso na doutrina de que, a partir de seus elementos, o dolo é concebido como conhecimento e vontade.⁹³

O primeiro dos elementos do dolo (intelectivo), se constitui no conhecimento do agente em relação àquilo que realiza. Ou seja, o agente deve conhecer aquilo que realiza, ter ciência dos elementos que caracterizam a sua conduta como um todo.⁹⁴

Esse elemento inicial surge como pressuposto da vontade própria do dolo, já que, conforme destaca Enrique Díaz-Aranda, não se pode querer aquilo que não se conhece.⁹⁵

Por exemplo, em um crime de homicídio, o agente deve ter conhecimento de que a sua conduta de matar se dirige contra uma pessoa. Em não havendo esse conhecimento e, então, pensando o agente que sua conduta se dirige a qualquer objeto ou animal, exclui-se a ocorrência de dolo já pela inexistência do elemento cognitivo. Contudo, Johannes Wessels adverte que basta que o agente conheça em espécie o objeto ao qual se dirige a conduta, não necessitando, aqui, de uma especificação maior – por exemplo, basta que saiba que atinge uma pessoa na multidão e não que pessoa é; basta que saiba que encontrará algum objeto na residência invadida e não qual objeto específico; basta que saiba estar se apropriando de um veículo alheio, não necessitando que conheça quem é o verdadeiro proprietário.⁹⁶

Verificada a existência do elemento intelectualivo do dolo, passa-se à análise do segundo elemento do dolo, qual seja o elemento volitivo, consistente em um querer realizar os elementos do tipo penal incriminador.⁹⁷

⁹³ DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 116.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 284.

⁹⁵ DÍAZ-ARANDA, op. cit., p. 116.

⁹⁶ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 55.

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 285.

3.5.1.1 Teoria do conhecimento

Aqui se promove uma alteração significativa em relação às teorias acima abordadas, já que se modifica a exigência para a ocorrência de dolo no que se refere aos seus elementos (intelectivo e volitivo).

Dessa forma, basta, nessa teoria, que se constate a existência do elemento cognitivo ou intelectual (previsão, pelo agente, de ocorrência do resultado) para a ocorrência do dolo, não mais sendo necessária a ocorrência do segundo elemento do dolo (elemento volitivo).⁹⁸ Temos uma simplificação do conceito de dolo, portanto, ao se exigir um único elemento para a sua caracterização, dispensando-se a necessária ocorrência do segundo elemento.

Uma distinção dessa teoria em relação à anterior (teoria da vontade) é a facilidade encontrada na teoria do conhecimento na verificação do dolo, já que permite se deduzir de dados externos a ocorrência do conhecimento.⁹⁹

A utilização dessa teoria para a conceituação do dolo eventual recebe diversas críticas, dentre as quais encontra-se a de Maria Del mar Díaz Pita, ao referir que é um ponto comum na doutrina a conceituação do dolo como sendo o conhecimento e a vontade de realização dos elementos do tipo penal. Sabendo-se disso, conceituar o dolo eventual apenas com base no elemento cognitivo (conhecimento) é negar a sua própria natureza de “dolo”, sendo, por isso, um equívoco a eliminação do elemento volitivo dessa espécie de dolo.¹⁰⁰

Também aqui se promove uma bipartição da teoria, novamente com especificações em cada subteoria, a primeira conhecida como teoria da representação ou da possibilidade e a segunda como teoria da probabilidade, a seguir abordadas brevemente.

3.5.1.2 Teoria do consentimento

A teoria do consentimento exige, inicialmente, que o agente tenha a previsão da possibilidade de que ocorra o resultado. Entretanto, vai além e ainda exige que o

⁹⁸ FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 314. (tradução nossa).

⁹⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 150.

¹⁰⁰ DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 24. (tradução nossa).

agente se conforme com a ocorrência do resultado, que o aprove, que se agrade com o resultado.¹⁰¹

Nesse sentido, Jescheck refere que, se "[...] exige que el autor debe haber 'aprobado' el resultado, que lo 'haya aceptado con su aprobación' o que, finalmente, también hubiera actuado en caso de 'conocimiento seguro del mismo'."¹⁰²

O final da citação de Jescheck representa a conhecida fórmula de Frank, que examina a postura do agente se tivesse o conhecimento seguro de que o resultado se produziria de sua conduta; isto é, diante da certeza de que o resultado ocorreria, o agente seguiria agindo da maneira como planejado ou alteraria o seu plano inicial para evitar o resultado proibido.¹⁰³

Assim, para a configuração do dolo, nessa teoria, deve o agente consentir com a eventual produção do resultado, conquanto não tome o resultado como de ocorrência certa.¹⁰⁴ Há, aqui, uma aprovação ou aceitação do resultado eventualmente produzido.¹⁰⁵

Em um raciocínio contrário, não se poderá afirmar a ocorrência do dolo quando o agente, apesar de ter previsto a possibilidade ou probabilidade de ocorrência futura do resultado como decorrência de sua conduta, não admita ou consinta com a sua ocorrência, vindo a rechaça-la ou descarta-la, confiando na sua não produção, hipótese na qual se poderia configurar a culpa.¹⁰⁶

Deve, o agente, estar de acordo ou ter internamente consentido com o resultado a ocorrer,¹⁰⁷ evidenciando-se uma perceptível dificuldade de se comprovar processualmente a ocorrência de dolo de acordo com essa teoria (assim como de acordo com a teoria da indiferença), já que se deve demonstrar uma circunstância mental do agente, um estado subjetivo de vontade, que se considera inacessível ao

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 431. (tradução nossa).

¹⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 324.

¹⁰³ ROXIN, op. cit., p. 438.

¹⁰⁴ Nas palavras de Enrique Díaz-Aranda, "[...] para la jurisprudencia alemana y la española actúa con dolo eventual quien 'consiente' en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto la probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación o de aprobación." (DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 148).

¹⁰⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 419.

¹⁰⁶ Ibid., p. 419-420.

¹⁰⁷ DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 168. (tradução nossa).

homem (ao menos, de forma segura), inclusive nos moldes construídos por Frank em suas fórmulas.

Dessa forma, Gimbernat Ordeig, citado por Maria Del Mar Diaz Pita, considera ser inviável ao jurista saber se o agente fez a si próprio o questionamento conhecido da fórmula de Frank para se determinar a ocorrência do dolo. Diante desse quadro problemático, o jurista, para estabelecer a ocorrência do dolo, acabaria por examinar a personalidade do indivíduo, o seu passado, as suas tendências, circunstâncias que podem lhe ser acessíveis. Contudo, o autor considera que "Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho."¹⁰⁸

Entretanto, mesmo diante dessa crítica, para essa teoria, está posto que a ocorrência do dolo depende da aprovação do agente em relação ao resultado, de seu consentimento ou, em outro termo que dá nome a essa teoria, da conformação do indivíduo em relação ao resultado previsto como decorrência da prática de sua conduta, proibida pelo Direito Penal.

3.5.1.3 Teoria da indiferença

Diferentemente da teoria anterior, para a teoria da aceitação o agente não necessita aprovar, consentir ou se conformar com o resultado decorrente de sua conduta. Basta, aqui, que ele aceite esse resultado, que seja indiferente à produção dele.¹⁰⁹

Da mesma forma como antes, exige-se o elemento cognitivo do dolo para a sua verificação, o que também foi referido na teoria anterior. Entretanto, o elemento volitivo apresenta uma intensidade menor do que a teoria supra, bastando uma indiferença para a existência do dolo.¹¹⁰

A diferença em relação à teoria anterior não se refere propriamente à exigência dos elementos do dolo, ainda sendo necessários tanto o elemento cognitivo ou intelectual quanto o elemento volitivo. Há, sim, uma diminuição de

¹⁰⁸ DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 176.

¹⁰⁹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 370.

exigência em relação ao segundo elemento, que se contenta com a indiferença do agente – desde que o agente não confie que o resultado não venha a ocorrer¹¹¹, já que esse afastamento mental de ocorrência futura do resultado exclui o elemento volitivo necessário para a configuração do dolo para essa teoria.

Desse modo, destaca-se a lição de Maria Del Mar Díaz Pita, que refere que "[...]esta teoría busca la diferencia entre dolo e imprudencia en un determinado grado de desconsideración y admite el dolo eventual cuando el autor haya sido indiferente a la realización del tipo."¹¹²

3.5.1.4 Teoria da vontade

De acordo com a teoria da vontade, para que seja possível a constatação do dolo em um determinado caso, não basta que se verifique que o agente tenha representado a possibilidade de ocorrência do resultado. Ou seja, é insuficiente essa representação para a ocorrência do dolo.¹¹³

O dolo exige, então, além do elemento primeiro consistente na representação do resultado, a vontade, por parte do agente, de alcançar esse resultado ou, em outras palavras, a vontade de produção do resultado proibido pelo Direito Penal.¹¹⁴

Não basta, então, unicamente a presença simples do elemento intelectual ou cognitivo do dolo para a sua ocorrência, por essa teoria. Algo mais se exige para tanto, consistente na tomada de postura do agente em relação ao resultado que poderá (ou irá) ocorrer – seja desejando esse resultado, seja admitindo-o sem se importar com o mesmo.

São duas as divisões realizadas da teoria da vontade, consistente na teoria da aprovação e na teoria da indiferença, que trazem especificidades em relação à teoria da vontade. Ambas as teorias se diferenciam uma da outra pela intensidade da resolução da vontade do agente diante do resultado a advir de sua conduta.

¹¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 432. (tradução nossa).

¹¹² DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 180.

¹¹³ SOLLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Editorial La Ley, tomo II, 1945. p. 101. (tradução nossa).

¹¹⁴ FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale: dei reati e delle pene in generale**. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 314. (tradução nossa);

3.5.1.5 Teoria da representação

Essa teoria, inserida que é na teoria do conhecimento, dá conta, apenas, da verificação da previsão do resultado a se produzir pelo agente.¹¹⁵ Entretanto, ainda não se produz, com isso, a distinção dessa teoria para a próxima a ser examinada, que também exige a verificação desse elemento. A distinção entre ambas se dá pela intensidade dessa previsão de ocorrência do resultado.

Fato indiscutível em ambas as teorias, entretanto, é que se contentam com a constatação do elemento cognitivo para a afirmação do dolo. Por isso, Enrique Díaz-Aranda refere que essa teoria toma como ponto de partida um elemento puramente cognitivo ou intelectual para a verificação do dolo: a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado pelo agente.¹¹⁶

Basta para a teoria em comento a constatação de que seja possível a ocorrência do resultado, não mais se exigindo que se analise a postura mental do agente em relação a essa produção (se aprova, se consente, se aceita etc.).

Assim é que Roxin destaca, quando se refere a essa teoria do dolo, que se considera que o fato de ter o agente previsto a mera possibilidade de ocorrência do resultado a partir de sua conduta já seria o suficiente para se exigir do agente que desistisse de seguir agindo de acordo com o seu plano mental inicial.¹¹⁷ Todavia, optando o agente por prosseguir em sua conduta, considerando-se a previsão de possibilidade do resultado anteriormente verificada, já se poderia afirmar a ocorrência de dolo na produção do resultado.

Vê-se que essa teoria, sendo uma subdivisão da teoria do conhecimento, contenta-se, para a afirmação do delito doloso, com a presença do elemento cognitivo do dolo.

¹¹⁵ SOLLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Editorial La Ley, tomo II, 1945. p. 102. (tradução nossa).

¹¹⁶ DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 151.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 433. (tradução nossa).

3.5.1.6 Teoria da probabilidade

Como anteriormente referido, a teoria da possibilidade e a teoria da probabilidade se diferenciam em razão da intensidade do conhecimento do agente. Esse é o significado da lição de Roxin ao referir que "Probabilidad significa más que mera posibilidad [...]"¹¹⁸.

A teoria anterior exige a verificação, pelo agente, da possibilidade de ocorrência do resultado. Aqui, a possibilidade não é um critério suficiente para a afirmação do dolo, exigindo-se um grau maior de previsão, qual seja a previsão de probabilidade da ocorrência do resultado. A realização do resultado, nesse critério, é considerada próxima.¹¹⁹

Igualmente aqui, como na teoria anterior, exclui-se a exigência do elemento volitivo para a afirmação do dolo, sendo realizada a análise do dolo unicamente com base no primeiro elemento conhecido: o elemento cognitivo ou intelectual.¹²⁰

3.6 O DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: DIFERENÇA TERMINOLÓGICA

Sabe-se que o tipo penal se divide em objetivo e subjetivo. No primeiro, encontram-se todos os elementos objetivos do delito, sejam eles normativos, valorativos, etc. No tipo subjetivo, se encontram os elementos anímicos do agente, especiais motivos, etc. Esse tipo penal subjetivo ainda se divide em dois elementos necessários para a sua completude, que são o elemento cognitivo e elemento volitivo.

A composição do tipo penal subjetivo em elemento cognitivo e elemento volitivo decorre da adoção majoritária da teoria da vontade para a definição do dolo, teoria que prevalece, então, em relação à teoria do mero conhecimento. Não fosse assim e a teoria do conhecimento é que fosse adotada, o elemento volitivo seria dispensado de verificação para a afirmação do dolo, o que não ocorre na prática do Direito Penal.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 435.

¹¹⁹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 106.

¹²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 369.

Constatando-se isso, veja-se a citação de Figueiredo Dias sobre a exigência do elemento volitivo para a verificação do dolo: "O conhecimento (previsão) das circunstâncias de facto e, na medida necessária, do decurso do acontecimento não podem, só por si, *indiciar* a contrariedade ou indiferença ao dever-ser jurídico-penal [...]"¹²¹.

Além da previsão do resultado, então, necessita-se de uma resolução de vontade por parte do agente, raciocínio que foi incorporado ao Direito Penal brasileiro com a sua inclusão expressa no Código Penal, especificamente no artigo 18, inciso I, ao apenas afirmar a ocorrência do dolo quando se estiver diante de um "querer" a produção do resultado ou de um "assumir o risco"¹²² dessa produção.¹²³

Assim se estabelece, inclusive no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a distinção entre a vontade ou assunção do risco e a mera previsão de possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado. Diante dessa distinção, é possível que o agente preveja a possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado e não o deseje ou não assuma o risco de sua produção, confiando que não se produzirá o resultado ou que o agente será capaz de evita-lo, o que exclui a ocorrência do dolo por falta de requisito essencial.¹²⁴

Da mesma forma, posiciona-se Eugenio Florian, ao conceituar a teoria da vontade afirmando que é ela "[...] la teorica preferibile, giacchè la previsione del

¹²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 366.

¹²² Johannes Wessels refere o que entende por assumir o risco: "Parece correta a doutrina, agora predominante, de que existe *dolo eventual*, quando o autor não se deixa dissuadir da execução do fato pela *possibilidade próxima da ocorrência do resultado* e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, *se tenha conformado com o risco da realização do tipo*, antes até concordando com a ocorrência do evento do que renunciando à prática da ação." (WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 53). Sobre a definição da assunção do risco, também Santiago Mir Puig: "Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir el sujeto –como pretende la teoría de la probabilidad–, cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que *en su caso* puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta.No importa la sola conciencia de la probabilidad *estadística*, sino el *pronóstico concreto* de lo que puede ocurrir em el caso particular." (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 268-269).

¹²³ Código Penal, art. 18 - Diz-se o crime:
I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;" Em: BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹²⁴ DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994. p. 90. (tradução nossa).

risultato dannoso non è ancora volontà di produrlo: anzi può l'agente sperare che non si verifichi."¹²⁵ Assim, também, Francisco Muñoz Conde.¹²⁶

Diante disso, verificando-se a adoção da teoria da vontade, apenas se poderá afirmar o dolo eventual quando presentes os dois elementos essenciais do dolo anteriormente indicados: primeiro, que o agente tenha conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado advindo de sua conduta (elemento intelectual ou cognitivo); segundo, que o agente se comporte com indiferença em relação à produção desse resultado (elemento volitivo).

Adverte-se que não se trata apenas de necessidade de conhecimento a respeito da eventual ocorrência do resultado proibido como decorrência da conduta do agente. O elemento cognitivo próprio do dolo eventual exige, mais do que isso, o conhecimento dos elementos objetivos que compõem o tipo penal incriminador a ser praticado pelo agente.¹²⁷

Já em relação ao elemento volitivo, estabelece-se como critério de afirmação da assunção do risco a indiferença do agente em relação ao resultado anteriormente previsto pelo mesmo como de possível ocorrência.

Com o desenvolvimento de todo esse referencial teórico, buscou-se solucionar a confusão comum entre os conceitos de culpa (consciente) e dolo (eventual), que, conforma já referido, acompanha a teoria geral do delito em sua história. Para possibilitar, contudo, eventual distinção entre dolo eventual e culpa consciente, deve-se ter presente, antes, o conceito de dolo direto e de culpa inconsciente, pré-requisitos para o desenvolvimento dessa matéria.

Diante dessa necessidade, de maneira breve, se pode conceituar o dolo direto como o querer a realização do tipo penal incriminador, ainda que parte do resultado seja desagradável ao agente.¹²⁸

Verificar-se-á a ocorrência do dolo direto quando o agente considerar a ocorrência do resultado como certa ou com determinada segurança e, mesmo diante

¹²⁵ FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 314.

¹²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 61.

¹²⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2. p. 66.

¹²⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 424. (tradução nossa).

desse conhecimento, prosseguir com seu intento em direção à produção desse resultado.¹²⁹

Pode-se concluir que dolo direito "[...] è *la volontà cosciente e non coartata di compiere un fatto* [...]"¹³⁰, conceito presente na primeira parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal brasileiro.

A culpa se encontra no lado oposto ao dolo direto. Fica visível a ausência dos dois elementos essenciais ao dolo na culpa inconsciente com a referência de Franz Von Liszt de que "Culpa é a *responsabilidade pelo resultado produzido*"¹³¹. Aqui, estão ausentes a previsão de possível ocorrência do resultado e, mais ainda, a vontade de alcance dessa produção.

Por isso, a culpa nada mais é do que a produção de um resultado proibido por meio de uma conduta do sujeito, que a realiza em violação a deveres de cuidado criados pelo ordenamento jurídico, e que se manifesta concretamente por meio das modalidades de negligência, imprudência e imperícia.

É justamente no ponto central existente entre esses dois extremos (dolo direto e culpa inconsciente) que se localiza o dolo eventual e a culpa consciente, figuras mais presentes na confusão conceitual.

A segunda parte do inciso I do artigo 18 do Código Penal brasileiro estabelece, no ordenamento jurídico-penal pátrio, a figura do dolo eventual, estabelecendo que haverá o dolo eventual quando o agente, além de antever o resultado como decorrência de sua conduta, prosseguir em sua conduta assumindo o risco de produção desse resultado.¹³²

Francisco de Assis Toledo, de maneira similar a Frank com suas fórmulas de definição do dolo, refere a respeito desse assunto: "É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou praticar o ato arriscado."¹³³ O agente prevê a possibilidade de ocorrência do resultado e, mesmo

¹²⁹ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 52.

¹³⁰ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1920. v. 1. p. 487.

¹³¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro, F. Briguiet & C, 1899. p. 249.

¹³² CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 717, p. 515, jul. 1995.

¹³³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 303.

que não o deseje, segue sua conduta, admitindo que o resultado eventualmente se realizará.¹³⁴

Interessante destacar, também, o conceito de dolo eventual, juntamente com a sua distinção com a culpa consciente, oferecidos por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Quando uma pessoa planeja a causalidade para obter uma finalidade, faz uma representação dos *possíveis* resultados concomitantes de sua conduta. Em tal caso, se confia em que evitará ou que não sobrevirão estes resultados, deparamo-nos com uma hipótese de culpa com representação, mas se age admitindo a possibilidade de que sobrevenham, o caso será de dolo eventual.¹³⁵

Ou seja, unicamente se poderá falar de dolo eventual, nesse sentido, quando o agente prever a possibilidade de ocorrência do resultado e, além disso, seguir atuando, adotando uma postura de indiferença em relação ao resultado.¹³⁶ Exige-se, então, que haja uma conformação do agente com o resultado,^{137,138} que se verifique a sua anuência,¹³⁹ que seja admitida a eventual produção do resultado.¹⁴⁰

A figura do dolo se caracteriza, por excelência, a partir de um querer do agente, podendo ser definido como a vontade direcionada à produção do resultado. Com o dolo eventual, entretanto, esse raciocínio se apresenta de maneira distinta, falando-se em um assumir o risco da produção do resultado ou, o que resulta igual, em uma indiferença em relação à ocorrência do resultado proibido.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 287; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 60.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 430.

¹³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 427. (tradução nossa).

¹³⁷ “El dolo eventual significa que el autor **considera seriamente la posibilidad de realización del tipo legal y se conforma con ella.**” JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 321.

¹³⁸ Também nesse sentido: “Deve ser afirmado o dolo eventual quando o agente prevê o resultado e continua a agir, conformando-se com o risco de que sua conduta conduza à realização do tipo legal.” (CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 107).

¹³⁹ LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro, F. Briguiet & C, 1899. p. 274.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 60.

Diante dessa distinção entre a figura dolosa por excelência (dolo direto) e o dolo eventual, Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán afirmam que a punição a título doloso dos casos de assunção do risco de produção do resultado decorre de uma opção político-criminal. Nas palavras dos autores, “Con la categoría del dolo directo no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido deben por razones político-criminales, imputarse a título de dolo, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado. Se habla aquí de dolo eventual.”¹⁴¹

Pelo que se viu acima, para a constatação do dolo eventual não se exige a vontade do agente dirigida ao fim proibido, mas sim a sua indiferença em relação ao resultado previsto pelo agente. Conclui-se que, de acordo com isso, se adotou no Direito brasileiro a teoria da indiferença para a definição de dolo eventual.

3.7 A CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO CONTINENTAL – PROBLEMÁTICAS NA APLICAÇÃO

Como visto para fins de caracterização da teoria da cegueira deliberada o sujeito deve intencionalmente provocar a sua própria cegueira ou seja pela intenção consciente de sua produção esse que poderia ter obtido tal informação mas pelas mais diversas razões preferiu não alcançá-la ou manter-se em estado de incerteza. A oscilação doutrinária reside no fato de que o que acabamos de descrever é na verdade uma espécie de dolo eventual.

O direito penal anglo-saxão utiliza, como já visto, as figuras do dolo (knowingly) e culpa (negligência e imprudência). Dentro dessa perspectiva, ao contrario do direito continental, não há a figura do dolo eventual, que, em grosseiro resumo, ocorre quando o agente, embora não querendo diretamente a realização do tipo, aceita-o como possível ou provável, assumindo o risco da produção do resultado¹⁴².

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996. p. 287.

¹⁴² Para maiores explanações sobre o dolo eventual. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El Dolo Y Su Prueba En El Proceso Penal**. Barcelona: J.M.BOSCH, 2005. A inclusão da cegueira deliberada no conceito de dolo, ao menos para as teorias alemãs e espanholas, vai de encontro à conceituação unânime do mesmo, que exige, ao menos, “certo grau de conhecimento sobre a ocorrência, na conduta, dos elementos que configuram o tipo objetivo de uma infração legal”.

Frente às decisões das cortes americanas, parece-nos que o dolo eventual resolve boa parte das lacunas lá existentes, tornando-se desnecessário na maioria dos casos. Entretanto, existem alguns casos limítrofes nos quais a teoria da cegueira deliberada coloca-se como uma intermediária entre o dolo e a culpa, equiparando seus resultados, quando aplicada, à figura do dolo eventual. Em que pese exista, em tese, tal possibilidade, algumas considerações devem ser feitas quanto à aplicação da teoria.

Em sistemas de Civil Law, em sua grande maioria, entre os quais se destaca a Espanha e Brasil, o desconhecimento deliberado de determinadas circunstâncias de seu comportamento somente pode conduzir a modalidade de dolo chamada de dolo eventual uma vez que é, em que pese a renúncia a tomada do conhecimento pleno, em tais casos de sujeito conta com o conhecimento básico suficiente que permite a imputação do dolo eventual. O amplo alcance do dolo como modalidade de imputação subjetiva, tal como exposto no ponto próprio de trabalho, a barca tanto os casos em que o sujeito intencionalmente mantenha-se no desconhecimento quanto o sujeito que representa o risco e mesmo assim ou assume. Ao incluir a mera representação da possibilidade de prática ilícita no conceito de dolo colocam-se dois principais problemas: o primeiro diz respeito à proporcionalidade da lei penal, uma vez que, pelos pressupostos do dolo eventual, pune-se igualmente aquele que intencionalmente mata e aquele que Sabendo dos riscos de sua conduta, assume-os, terminando por matar. O segundo problema refere-se ao sujeito que evita o conhecimento mínimo requerido para o dolo eventual, eis que, em tais casos, estar-se-ia diante do que Ragués I Vallès denomina de “cegueira deliberada em sentido estrito”¹⁴³.

¹⁴³ RAGÚES VALLÉS, Ramón. “Mejor no saber”, Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. **Discusiones XIII**, n. 13, v. 2, p. 18, 2013. ISSN 1515-7326.

3.8 A CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA SEGUNDO A TEORIA DE RAGÚÉS I VALLÈS

3.8.1 A Justificativa Para Aplicação Da Teoria Da Cegueira Deliberada na Civil Law segundo Ragués I Vallès

Verificou-se até o presente momento desse trabalho que, no sistema da Civil Law, a existência do dolo eventual resolve questões que o direito anglo-saxônico trata como ignorância deliberada. Talvez a única diferenciação da teoria de Husak e Callender¹⁴⁴ entre o dolo eventual e o conceito de cegueira deliberada trazido por Ragués I Vallès, seja o requisito de ações positivas voltadas a manutenção da ignorância de uma agente em relação a fatos, circunstâncias, ou elementos de uma infração penal. Buscando justificar a punição para esses casos no direito Continental o autor espanhol cria três razões para o tratamento diferenciado dessas condutas¹⁴⁵.

A primeira trata da periculosidade do comportamento: dentro dessa perspectiva as autoridades têm mais interesse em punir aquele que dolosamente age do que o mero imprudente ou negligente. Contra tal posição, Feijoo Sánchez¹⁴⁶ entende que, levando em conta o Direito Penal como um instrumento de proteção dos bens jurídicos, a conduta imprudente é histórico e estatisticamente mais perigosa e lesiva aos bens jurídicos.

A segunda guarda relação com a periculosidade do agente, considerado pelo autor como superior aos demais, já que sua conduta voluntária e intencional ao descumprimento da norma vai de encontro aos valores da sociedade em que está inserido e que deu azo à criação de determinada lei. Assim Hassemer pode condensar essa justificativa:

Reintegração daquele que cometeu o crime doloso é uma "mudança regulatória", devendo haver uma relação entre o sujeito e a norma,

¹⁴⁴ HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 39, 1994.

¹⁴⁵ RAGÚÉS VALLÉS, Ramón. "Mejor no saber", Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal". **Discusiones XIII**, n. 13, v. 2, p. 11, 2013. ISSN 1515-7326.

¹⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo". **Cuadernos de Política Criminal**, v. 65, p. 314, 1998.

enquanto que, no caso do autor de um delito imprudente, este apenas deve prestar mais atenção ou prever determinado perigo.¹⁴⁷

A última justificativa para o tratamento diferenciado do delincente imprudente/negligente do doloso diz respeito ao conteúdo de suas ações. Enquanto o agente que age dolosamente expressa seu despreendimento às normas sociais estabelecidas, assim não faz o imprudente, o que, na visão de Ragués I Vallès, justificaria a diferença no apenamento. Dentro da perspectiva de apenamento diferenciado, o estudioso entende que, a fim de que cumpra a função de reafirmação de valores e de pacificação social, a resposta estatal deve ser mais dura, a fim de reafirmar as normas que foram enfrentadas pelos delinquentes¹⁴⁸. Ademais, sob essa perspectiva de pena, busca-se demonstrar a impotência do criminoso frente à sociedade criadora da norma, que o punirá duramente.

Transferindo-se tais justificativas para a questão da utilização da cegueira deliberada como substituto ao dolo eventual, resta a análise daquele que deliberadamente, mesmo diante da representação da alta probabilidade da ilicitude conduta, termina por satisfazê-la.

Nesse sentido, Ragués I Vallès defende inicialmente que a pena, para atingir um efeito de reafirmação dos valores questionados e de pacificação social, deve ser muito mais grave frente ao que chama de “grave indiferença” - talvez aqui referindo-se ao intencional desconhecimento pleno – do que em relação à imprudência ou negligência leve. No tocante à justificação de um apenamento mais elevado à cegueira deliberada, entende o autor que enquanto no dolo eventual o conhecimento e assunção de risco atingem o bem jurídico tutelado pela conduta, na culpa consciente a indiferença se manifesta não só em relação a um bem jurídico, mas a todos os que podem ser lesionados.

¹⁴⁷ “la reinserción del delincuente doloso supone un ‘cambio normativo’, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata solo de prestar una atención más elevada o de una previsión de peligro”. HASSEMER, Winfried. “Los elementos característicos del dolo”. Trad. M.M. Díaz Pita. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, p. 917, 1990.

¹⁴⁸ Nesse sentido: RAGÚES VALLÉS, Ramón. “Mejor no saber”, Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. **Discusiones XIII**, n. 13, v. 2, p. 30, 2013. ISSN 1515-7326; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”. **Cuadernos de Política Criminal**, v. 65, p. 314, 1998.

3.8.2 Os requisitos de aplicação da teoria propostos por Ragués I Vallès

Ragués I Vallès¹⁴⁹, ao tratar da (necessária) compatibilização da cegueira deliberada à *civil law*, assim refere:

O sujeito que executa um comportamento objetivamente típico sem representação de elementos específicos de legalmente tipificados, mas suspeita que está agindo de forma potencialmente prejudicial para algum interesse alheio e que, podendo desistir dessa conduta, prefere fazê-lo, deliberadamente ou conscientemente mantendo-se ignorante como um meio de obter algum benefício, sem assumir riscos ou responsabilidades, ele mostra um grau de indiferença ao bem jurídico tutelado não menos grave que o delinquente que o pratica assumindo os riscos [dolo eventual], e em termos de prevenção, merece a mesma punição como essa.

O autor, ao tratar do requisito subjetivo no caso da cegueira deliberada consistente na intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito, utiliza-se, em parte, da teoria apresentada por Husak e Callender¹⁵⁰ ainda em 1994.

Pode ser assim resumida a postura do doutrinador espanhol: “um sujeito poderia ter obtido algumas informações, mas, por várias razões, preferiu não adquirir e manter um estado de incerteza.”¹⁵¹ O autor espanhol¹⁵², na verdade, altera e agrega mais requisitos para a caracterização da ignorância deliberada, terminando por relacionar cinco requisitos que permitem, em tese, utilizar a teoria.

¹⁴⁹ El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos, merece la misma pena que éste. RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 192.

¹⁵⁰ Para os autores americanos, três são os requisitos que permitem a aplicação da cegueira deliberada: 1. O indivíduo deve suspeitar veementemente sobre um fato relevante; 2. A suspeita pode ser facilmente confirmada/rejeitada; 3. O indivíduo deve agir com um motivo para não confirmar sua suspeita, deve ser motivado por um desejo de evitar a persecução por seus atos. HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the “Equal Culpability” Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 29-xx, 1994.

¹⁵¹ RAGUÉS VALLÉS, Ramón. “Mejor no saber”, Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. **Discusiones XIII**, n. 13, v. 2, p. 11, 2013. ISSN 1515-7326.

¹⁵² RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 184-187.

O primeiro requisito é a ausência de representação suficiente, já que do contrário estaríamos frente ao dolo. O segundo elemento é a disponibilidade da informação ignorada para atingir o conhecimento, enquanto o terceiro elemento diz respeito ao dever de conhecimento, eis que a atribuição de responsabilidade a todos tornaria todos os indivíduos criminosos.

Ramón Ragués I Vallés¹⁵³ propõe uma *checklist* de requisitos para o reconhecimento da cegueira deliberada, que serão devidamente apresentados.

O primeiro diz respeito à suspeita justificada do sujeito sobre a concorrência de sua conduta à atividade. Neste primeiro requisito podemos referir que não há a representação plena do agente acerca do fato, mas ele deixa de obter essa consciência voluntariamente. Na mesma linha posiciona-se Pierpaolo Bottini¹⁵⁴, que acrescenta a exigência de criação de barreiras ao conhecimento, estas levantadas pelo próprio agente, a fim de que não obtenha o pleno conhecimento do que suspeita que esteja ocorrendo.

Outro requisito refere-se à disponibilidade da informação que pudesse esclarecer o conhecimento do agente. Há a necessidade de estarem tais documentos, provas ou indícios ao alcance do indivíduo sem maiores obstáculos, de modo a concluir que seria facilmente descoberto o crime, pois, do contrário, se exigidas grandes e profundas investigações, o agente será colocado numa situação de garante, o que na maioria das vezes não é o caso. Somente podemos falar em cegueira deliberada quando há a voluntariedade e intenção de se manter na ignorância, sendo possível apenas quando há a possibilidade de obter o conhecimento.

O quarto pressuposto é a decisão de manter-se ignorante à informação disponível que tinha o dever de conhecer, e, neste ponto, mais deveria ser valorado o tempo de permanência da ignorância, que leva à constatação do termo deliberado de forma mais evidente. E, por último¹⁵⁵, resta a motivação da manutenção em estado de cegueira, a intenção da manutenção do estado de ignorância para proteger-se de eventual descoberta do delito e futura condenação, de modo que sempre poderá alegar que nada sabia a respeito.que guarda relação com a pena,

¹⁵³ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 142-143.

¹⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹⁵⁵ RAGUÉS I VALLÉS, op. cit., p. 142-143.

que será equivalente ao do crime doloso, daí a importância de se analisar, ao menos enquanto perdura a imputação subjetiva, a intenção do agente deliberadamente ignorante.

Os requisitos tratados por Ragués I Vallès dão conta de que o sujeito, podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes, deliberadamente opta por manter-se alheio. Tal como Husak e Callender, Ragués compreende essa inconsciência deliberadamente assumida por um sujeito dependente de um grau mínimo de representação que permita imputar ao mesmo a figura do dolo¹⁵⁶. A motivação pode ser a mais diversa, seja para evitar a persecução penal ou qualquer complicação de ordem extra penal.

3.8.2.1 A cegueira deliberada em sentido estrito

O autor inova ao trazer o conceito de cegueira deliberada em sentido estrito. A cegueira deliberada em sentido estrito guarda relação com os casos em que o fenômeno da cegueira deliberada se apresenta “mais puro”, como aquelas em que, intencionalmente, um sujeito consegue evitar, inclusive, a obtenção dos conhecimentos necessários para apreciar uma situação eventualmente dolosa, e, em que pese perfectibilize o tipo objetivo, ao não preencher o elemento típico subjetivo, termina por ser punido com a pena branda ou então, por assim dizer, “premiado” pela impunidade em razão da ausência de previsão legal da modalidade culposa do delito cometido.

Para o autor, esse caso situa-se em um campo intermediário entre dolo eventual e culpa consciente, especialmente quando o agente, partindo de uma suspeita inicial, considera a mesma pouco relevante para que venha a buscar a confirmação. Dentro desse contexto, o que deve ser analisado é a motivação da negativa de busca de confirmação da suspeita inicial, que pode ser por razões quaisquer ou para elidir responsabilidade penal.

Utilizando-se da diferenciação feita por Luban¹⁵⁷, que compreende como mais grave a ignorância com o fim de escusa penal, Ragués I Vallès entende que, por questões punitivas, as situações de ignorância deliberada em sentido estrito

¹⁵⁶ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007. p. 191.

¹⁵⁷ LUBAN, David. “Contrived Ignorance”. **The Georgetown Law Journal**, v. 87, p. 968, 1999.

motivadas para fins de tese defensiva e elisão penal devem ser comparadas a dolo eventual, ultrapassando a figura da mera negligência.

Assim, para o autor, a figura da cegueira deliberada em sentido estrito, que deve ser punida como dolosa, traduz-se na ausência de conhecimento pleno dos elementos ou circunstância de um tipo penal em razão da prévia decisão de negativa de investigação.

3.9 CRÍTICAS À TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA APLICADA À CIVIL LAW

Talvez Ragués I Vallès tenha sido um dos autores do direito continental a tratar de maneira mais profunda a questão da cegueira deliberada. Como já exposto, além de traçar o conceito para fins de aplicação na Espanha, também define as justificativas para o reconhecimento dessa figura predominantemente anglo-saxã. Ocorre que, como demonstrado no primeiro e no presente capítulo, a tipicidade subjetiva na grande maioria dos países da *civil law* difere da *common law*, o que torna difícil ou prescindível a teoria da cegueira deliberada.

O autor citado justifica, como visto, a equiparação de determinadas condutas às dolosas com base no conteúdo do crime, e não nas teorias subjetivas.

Surge também o problema da proporcionalidade quando punido o agente pelo dolo eventual e não dolo direto. Ramón Ragués i Vallès¹⁵⁸ entende que a solução adequada seria uma reforma na parte geral, admitindo-se expressamente a modalidade do dolo eventual, contudo, punindo de maneira menos severa o agente condenado, por exemplo, com base na teoria da cegueira deliberada.

Feitas tais considerações, observa-se um movimento na doutrina americana e espanhola de delimitar a teoria da cegueira deliberada, algo até agora não feito em nossa pátria. Em verdade, os estudos sobre o tema são meramente descritivos, absolutamente desprovidos de um olhar crítico, trazendo até mesmo um julgado brasileiro como paradigmático – o velho caso do furto ao Banco Central. Diante dessa inócua doutrina, o ponto seguinte pretende criar, mesmo que embrionário, um olhar crítico sobre a teoria, nos moldes que vem sendo aplicada no Brasil.

¹⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafierro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, p. 20, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124290/172263>>. Acesso em: 19 set. 2012.

4 CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A CEGUEIRA DELIBERADA

A lavagem de dinheiro, expressão oriunda dos Estados Unidos da América por volta da década de 20, consiste, em síntese, na ocultação da origem ilícita de capitais, reinserindo-os no mercado financeiro sob a aparência de legítimos.

4.1 O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO – NOTAS INTRODUTÓRIAS

Para que possa haver uma análise crítica quanto à aplicação da teoria da cegueira deliberada para além da *common law*, é imprescindível que analisemos, mesmo que brevemente, o direito doméstico de alguns países ao redor do globo. É somente por meio de um panorama global que se pode verificar os pontos de convergência e divergência conceitual e de aplicabilidade, e essa é justamente a principal finalidade do direito comparado.¹⁵⁹

Antes de partirmos para observações pontuais de cada país, faz-se mister fazer alguns comentários gerais sobre as legislações alienígenas.

4.1.1 Evolução da legislação antilavagem

As legislações antilavagem podem ser divididas em três categorias, ou, como a doutrina costuma chamar, gerações. A primeira geração é equivalente às legislações elaboradas seguindo fielmente a Convenção de Viena. Nesta geração, o ilícito da “lavagem” está intimamente conectado ao tráfico de substâncias entorpecentes e de drogas afins.

Já as legislações de segunda geração embora ainda contenham um rol taxativo de delitos antecedentes, ampliam as possibilidades do delito prévio, não mais vinculado apenas ao tráfico de entorpecentes. Entre os aderentes desta corrente estão a Alemanha, Espanha, Portugal.

Para a terceira geração, o delito de lavagem de dinheiro independe da consumação de crimes específicos, desde que sejam prévios. Não há um rol taxativo de condutas como ocorre nas legislações de segunda geração, muito menos se encontra presa a um único ilícito, como nas de primeira geração. Na

¹⁵⁹ SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 34.

terceira geração enquadram-se a França, Suíça, Argentina, México e, com a edição da Lei 12.683/12, o Brasil.

Verifica-se também que existem três correntes legislativas principais¹⁶⁰: 1) O delito de lavagem é previsto no Código Penal (aqui podemos destacar França, Itália, Suíça). Dentre os que adotam esta postura não há consenso sobre o delito antecedente, e, principalmente, sobre o bem jurídico protegido, uma vez que enquanto França insere a lavagem no capítulo destinado à repressão ao tráfico de entorpecentes, Itália opta por coloca-lo junto aos demais crimes patrimoniais; 2) O crime é incorporado ao sistema por uma lei especial (Brasil, Alemanha, Estados Unidos da América, Argentina); 3) A lavagem de dinheiro recebe um tratamento legal especial (México, que trata da lavagem no Código Fiscal).

Sem maiores delongas, passemos à análise da legislação antilavagem de alguns países destacados a seguir.

4.1.1.1 Alemanha

Na Alemanha, o crime de lavagem de dinheiro encontra-se previsto no Código Penal, Título III, referente aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, na Seção XXI, que trata da receptação e do favorecimento real. O delito de lavagem foi incorporado ao sistema penal pela “Lei contra o tráfico ilícito de entorpecentes e outra modalidade de crimes organizados”, de 15 de julho de 1992¹⁶¹.

A legislação alemã é de segunda geração, portanto, os bens a serem lavados devem provir de uma das condutas arroladas na lei. As penas (de privação de liberdade) são de até cinco anos ou substituíveis por prestação pecuniária, entretanto, devido à gravidade do delito ou participação em organização criminosa voltada para a lavagem de dinheiro, podem alcançar a marca de dez anos.

Na Alemanha há a previsão da tentativa punível, impondo pena de até dois anos ou multa. A delação premiada também é possível, e, por previsão expressa, o participante do delito prévio não pode ser punido pelo crime de lavagem de dinheiro.

¹⁶⁰ CERVINI, Raúl; DE OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 186.

¹⁶¹ § 261. Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. [...]. QUERALT, Joan J. **Código espanhol**. [S.l.] 4 out. 2003. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

Baseado no modelo Suíço, grande parte da doutrina acredita que o bem jurídico protegido pela lei é a administração da justiça¹⁶², embora existam setores contrários a este entendimento.

4.1.1.2 França

O Código Penal da França dispõe sobre lavagem de dinheiro em seus artigos 222-38 e 324-1 e seguintes¹⁶³, dentro Capítulo IV, do Título II, sobre os crimes contra a propriedade. Como supramencionado, a legislação francesa é de terceira geração, não havendo qualquer rol de crimes antecedentes.

O que se pode destacar na lei antilavagem francesa é a punição da tentativa idêntica à da consumação do delito. Tais punições, são, em regra, pena de até cinco anos e multa. Entretanto, a legislação prevê o agravamento da pena para até dez anos e multa nos casos de habitualidade criminosa, valendo-se das condições favoráveis que a profissão proporciona ou quando cometido por organização criminosa.

Outra característica interessante é a possibilidade de que, caso as penas aplicáveis ao delito prévio forem superiores às impostas para a lavagem, aplicar-se-á as penas daquele, mesmo com as agravantes, desde que o lavador detivesse conhecimento dos crimes antecedentes. Ademais, a lei francesa também permite a imposição de penas acessórias às pessoas físicas condenadas por lavagem, i.e. o confisco dos bens do lavador, a perda por cinco anos dos direitos civis, políticos e familiares, a anulação da habilitação para conduzir, entre outras.

Por fim, outro ponto de avanço da legislação francesa é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas quando acusadas de lavagem de dinheiro. Por expressa determinação do diploma legal (Art. 324-9, Código Penal Francês), tais pessoas podem ser punidas com multa, proibição de contratar com o Poder Público,

¹⁶² CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2002. p. 163.

¹⁶³ Es blanqueo el hecho de facilitar, por cualquier medio, la justificación falsa del origen de los bienes o de los ingresos del autor de un crimen o de un delito que le haya procurado un beneficio directo o indirecto. Constituye igualmente blanqueo el hecho de colaborar en una operación de inversión, de ocultación o de conversión del producto directo o indirecto de un crimen o de un delito.

dissolução da sociedade, proibição definitiva ou por até cinco anos de exercer determinadas atividades, dentre outras penalidades¹⁶⁴.

4.1.1.3 Espanha

O conjunto normativo espanhol antilavagem encontra-se nos arts. 301-304 do Código Penal¹⁶⁵ no Título XIII, que trata dos delitos contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica, Capítulo XIV, da receptação e outras condutas afins., introduzido pela Lei 10/1995 de 23 de novembro de 1995 (modificada em 2003) e pela Lei 19, de 28 de setembro de 1993. A primeira tem natureza penal, enquanto a segunda traz medidas administrativas para a prevenção do delito de lavagem de dinheiro.

Embora na Espanha a tipificação da lavagem de dinheiro esteja no capítulo que trata da ordem socioeconômica, a doutrina espanhola não é uníssona sobre o bem jurídico protegido pela lei.¹⁶⁶. No mais, a legislação espanhola em muito se assemelha à brasileira quanto à determinação de lavagem, entretanto, diverge ao aplicar o agravamento se os bens forem oriundos do tráfico de entorpecentes, bem como traz a possibilidade de suspensão ou inabilitação do profissional que estiver envolvido na lavagem, com destaque ao agente financeiro, o empresário, e, por mais estranho que possa soar, a do médico, que é facultativa neste caso.

Ainda, o Código Penal espanhol prevê a modalidade culposa do delito, nos casos de “impudência grave”. A legislação optou por punir os delitos de lavagem mesmo que tenham sido, total ou parcialmente, perfectibilizados no exterior, o que

¹⁶⁴ ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. **Código penal**: dernier texte modificateur: Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03). Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2012.

¹⁶⁵ Artículo 301 1. El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. QUERALT, Joan J. **Código espanhol**. [S.l.], 4 out. 2003. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

¹⁶⁶ Na corrente que considera a ordem socioeconômica como bem jurídico protegido: FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina. **Política criminal y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 43. Contra essa posição: SÁNCHEZ, Carlos Aráquez. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 97-98. Que defende ser o princípio da livre concorrência o bem jurídico protegido pela lei, alegando que considerar a ordem socioeconômica pressupõe o desconhecimento dos efeitos que o delito pode causar. Já: CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2002. p. 180. Defende que são dois os bens jurídicos protegidos: administração da justiça e ordem sócio econômica, dependendo do verbo nuclear da conduta descrita no art. 301 do Código Penal Espanhol.

indica a tentativa do legislador em cooperar com a comunidade internacional nos moldes das recomendações do FATF/GAFI. Por derradeiro, outra diferença do sistema antilavagem espanhol quando comparado ao brasileiro é a tipicidade da instigação ou conspiração para cometer o delito, sendo a tais atos aplicadas as penas da lavagem reduzidas de um a dois graus.¹⁶⁷

4.1.1.4 Itália

Na Itália, o crime de 'lavagem' foi incluído no Código Penal pela Lei n.º 55, de 19 de março de 1990¹⁶⁸. O delito está previsto no Título XIII, que traz os delitos contra o patrimônio, Capítulo II, dos delitos contra o patrimônio mediante fraude, ao lado da receptação. A legislação italiana é de segunda geração, e dentre os delitos antecedentes podemos visualizar tráfico ilícito de entorpecentes, extorsão, sequestro, dentre outros.

A penalização pode ser baseada na privação de liberdade (de quatro a doze anos) e multa. Ademais, a lei antilavagem italiana traz uma outra conduta ilícita no art. 648 ter¹⁶⁹, proibindo e aplicando as mesmas penas àquele que utilizou o dinheiro oriundo das condutas antecedentes em uma atividade econômica/financeira. Em verdade, se analisarmos as fases da lavagem de dinheiro, causa estranheza que se puna o delito de lavagem e ao mesmo tempo uma conduta que compõe a conduta de lavagem.

¹⁶⁷ “Artículo 304 La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con lapena inferior en uno o dos grados.” QUERALT, Joan J. **Código espanhol**. [S.l.] 4 out. 2003. Disponível em: <<http://www.juarez-tavares.com/textos/codigoespanhol.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

¹⁶⁸ Art. 648 bis - Riciclaggio -Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce denaro, beni o altre utilitàprovenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con altro denaro, altri beni o altre utilità, ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.

¹⁶⁹ Art. 648 ter - Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita -Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648 bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648 (1). SESSANO, Camilo. Código penal italiano (vigente a 10 octubre 2002): libro primo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Buenos Aires, [2012?]. Disponível em: <<http://www.juarez-tavares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

Como também menciona Raúl Cervini¹⁷⁰, destaca-se na lei antilavagem italiana o fato da proibição de injetar esse dinheiro ilícito em uma atividade econômica ser punido juntamente com a conduta de “converter e transferir os bens ilicitamente obtidos” – que é, diga-se de passagem, o núcleo do tipo de lavagem. O que está se punindo é a fase da integração como conduta distinta da lavagem em si, quando não passa de uma maneira de se perfazer o tipo penal de lavagem.

4.1.1.5 Suíça

O Código Penal Suíço define lavagem de dinheiro como qualquer ato que “vise frustrar a identificação da origem, a persecução ou confisco de bens que o indivíduo saberia ou deveria saber serem oriundos de um crime.”¹⁷¹. Assim como mencionado no tópico acerca da legislação alemã, a Suíça inseriu o delito de lavagem no Livro II, Título 17, que trata dos crimes contra a administração da justiça, indicando o bem jurídico protegido pela legislação nacional.

Contudo, não é o artigo que define lavagem que merece atenção na legislação suíça. O ponto diferencial encontra-se no art. 305^{ter}¹⁷², que insere textualmente a responsabilidade penal dos agentes financeiros. Agora, cumpre apenas mencionar que a norma mencionada proíbe o “defeito de vigilância em

¹⁷⁰ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 195.

¹⁷¹ *Art. 305^{bis}*: Blanchiment d'argent: 1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. 2. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée. Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant: a. agit comme membre d'une organisation criminelle; b. agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent; c. réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent. 3. Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'Etat où elle a été commise. SUISSE. **Codice penale svizzero**: art. 305. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/311_0/a305bis.html>. Acesso em: 16 set. 2012.

¹⁷² *Art. 305^{ter}* Défaut de vigilance en matière d'opérations financières et droit de communication, ¹ Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. ² Les personnes visées à l'al. 1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime. SUISSE. **Codice penale Svizzero**: crimes ou délits contre l'administration de la justice. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/311_0/a305ter.html>. Acesso em: 16 set. 2012.

matéria de operações financeiras”, apenas para aqueles que agem profissionalmente na operação que realizam/intermedeiam.

Finalmente, outra diferença na legislação suíça é quanto às penas, que faz referência apenas ao mínimo a ser aplicado no caso de lavagem (art. 305 bis), nada referindo quanto ao limite máximo, mencionando também a pena pecuniária. Dentre as agravantes estão a participação de organização criminosa ou se o valor lavado é de grande monta.¹⁷³

4.1.2 O conceito doutrinário de lavagem de dinheiro

Traçado esse panorama geral do que constitui lavagem de dinheiro do ponto de vista normativo, a conceituação doutrinária é essencial para a compreensão dos elementos básicos que contituem esse crime, previsto em diversos países e em instrumentos internacionais.

A lavagem de dinheiro, expressão oriunda dos Estados Unidos da América na década de 20, consiste, em síntese, na ocultação da origem ilícita de capitais, reinserindo-os no mercado financeiro sob a aparência de legítimos.

Consoante Diez Ripollés, o delito de lavagem envolve atos que almejam a reintrodução de benefícios obtidos por meio de atividades ilícitas ao sistema financeiro, de forma que seja impossível questionar juridicamente sua origem¹⁷⁴:

Procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim um desfrute daqueles juridicamente inquestionáveis.¹⁷⁵

Para Isidoro Blanco Cordero,¹⁷⁶ a lavagem de capitais pode ser definida como *“o processo em virtude do qual os bens de origem ilícita são integrados ao sistema econômico legal com aparência de haverem sido obtidos de forma lícita”*.

¹⁷³ CERVINI, Raul. **Lei de lavagem de capitais**: comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 195-197.

¹⁷⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El blanqueo de capitales procedente del trafico de drogas. **Actualidad Penal**, [S.l.], n. 32, p. 609, sept. 1994.

¹⁷⁵ Ibid., p. 609.

¹⁷⁶ “El proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.” CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2002. p. 93.

Para Bottini o conceito básico de lavagem de dinheiro caracteriza-se pelo “ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional”¹⁷⁷, ou seja, significa dissimular sua origem a fim de lhes atribuir imagem lícita diante da sociedade e economia.

No entendimento de Rios pode ser considerado, ainda, o processo de introdução ao sistema financeiro do produto resultante dos delitos antecedentes¹⁷⁸.

Em conceito que consiste quase que em explicação pormenorizada dos verbos nucleares do tipo, diz Maia¹⁷⁹ que:

Cuida-se de *ocultar* (esconder) ou *dissimular* (encobrir) a *natureza* (a essência, a substância, as características estruturais ou a matéria), *origem* (procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido), *localização* (a situação atual, o local onde se encontra), *disposição* (qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita), *movimentação* (no sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis) ou *propriedade* (domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono) de *bens, direitos e valores* (objetos materiais do crime).

Segundo Oliveira¹⁸⁰, a lavagem de dinheiro pode ser definida por uma “pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e” bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares.”.

Ainda, Marco Antônio de Barros¹⁸¹, conceitua o delito como sendo o “conjunto de operações comerciais e financeiras que buscam a incorporação, na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita para dar-lhe aparência legal”.

¹⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29.

¹⁷⁸ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-9.

¹⁷⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 65.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, William Terra. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 320.

¹⁸¹ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

Em apertada síntese, Oliver¹⁸² define a lavagem de dinheiro como “a ‘limpeza’ de importâncias ilegais para disfarçar a origem criminosa delas”, permitindo seu trânsito pelo sistema financeiro com a aparência de serem legítimas.

Por sua vez, Schmidt¹⁸³ sustenta que a lavagem de dinheiros consiste na “inserção de recurso de procedência ilícita na economia formal mediada pelo Estado, com aparência de licitude (mediante condutas de ‘ocultação’ ou de ‘dissimulação’).”

Nas palavras de Lima¹⁸⁴, a lavagem caracteriza-se por todos os atos que tenham como objetivo encobrir a origem ilícita dos bens, ou seja, um “método destinado a escamotear os valores adquiridos pelo empreendimento de determinadas atividades criminosas, com o escopo de viabilizar a real utilização destes proventos.”

Para De Carli¹⁸⁵, assim como todo crime econômico, a lavagem deve ser vista como um negócio que visa gerar lucro, mas que também tem custos devido a sua natureza. Nesse sentido, conceitua o delito como o processo que legitima o capital espúrio a ser utilizado licitamente, não sem perdas inevitáveis em razão do custo de produção das operações desse negócio.

No conceito de Baltazar Junior¹⁸⁶, a lavagem de dinheiro é caracterizada pela

Desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita para que possa ser aproveitado. O que fundamentou a criação desse tipo penal é que o sujeito que comete esse tipo de crime, que se traduz num proveito econômico, tem que disfarçar a origem desse dinheiro, ou seja, desvincular o dinheiro da sua origem criminosa e conferir-lhe uma aparência lícita a fim de poder aproveitar os ganhos ilícitos, considerado que o móvel de tais crimes é justamente a acumulação material.

¹⁸² OLIVER, Keith. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**. Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 43.

¹⁸³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal econômico**. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99-100.

¹⁸⁴ LIMA, Vinícius de Mello. **Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 67-8.

¹⁸⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 118.

¹⁸⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 405-6.

Na doutrina espanhola o conceito não se distancia muito dos utilizados no Brasil, como podemos ver a partir da definição de Fabián Caparrós¹⁸⁷, que afirma se tratar de:

Proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidade.

Os organismos internacionais, têm definições próprias do crime. Para a International Police Organization (Interpol),¹⁸⁸ lavagem de dinheiro é “*qualquer ato ou tentativa de ocultar ou mascarar a obtenção ilícita, de forma que aparente ter sido originado de fontes legítimas*”. Já para o Fundo Monetário Internacional (FMI),¹⁸⁹ a lavagem de dinheiro representa “*o processo pelo qual a fonte ilícita de bens obtidos ou gerados pela atividade criminal é ocultada para mascarar a conexão entre os capitais e o delito original*”.

No Brasil, como refere Callegari¹⁹⁰ a definição do tema está vinculada à tipicidade penal inscrita no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998¹⁹¹. A conduta referida no artigo mencionado consiste na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de infração penal. Até a edição da Lei nº 12.683/2012, que alterou a lei original, havia um rol de crimes ditos antecedentes, dentre os quais era possível destacar o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; o crime de terrorismo e seu financiamento; crime de contrabando ou

¹⁸⁷ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Editorial Colex, 1998. p. 76.

¹⁸⁸ “Any act or attempted act to conceal or disguise the identity of illegally obtained proceeds so that they appear to have originated from legitimate sources.” INTERNATIONAL POLICE ORGANIZATION – INTERPOL. **Money laundering**. Lyon, 2012. Disponível em: <<http://www.interpol.int/Crime-areas/Financial-crime/Money-laundering>>. Acesso em: 30 out. 2011. Texto postado no hyperlink “crime areas”, no link “Financial crime”.

¹⁸⁹ “Money laundering is a process by which the illicit source of assets obtained or generated by criminal activity is concealed to obscure the link between the funds and the original criminal activity.” INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. **The IMF and the fight against money laundering and the financing of terrorism**. Washington, 30 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/aml.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2012. Texto postado no hyperlink “About the IMF”, no link “More resources: Factsheets: Financial system soundness”.

¹⁹⁰ CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 66.

¹⁹¹ “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.

tráfico de armas, entre outros. Contudo, conforme será tratado em capítulo próprio, o legislador optou por extinguir o rol, adequando a legislação brasileira às mais modernas existentes.

4.1.3 O tipo subjetivo do delito de lavagem de capitais

Os países da Civil Law, em parte, admitem o dolo eventual para a percepção do delito de lavagem, enquanto os Estados Unidos, como já exposto no primeiro capítulo, por sua estrutura da teoria do crime, aplica a Cegueira deliberada e muitos autores tendem a compará-la ao dolo eventual.

O delito de lavagem de dinheiro é de tipo subjetivo exclusivamente doloso, restando afastada qualquer hipótese de punição por culpa. Isso importa dizer, como assevera Bottini, que o ordenamento jurídico brasileiro não admite responsabilidade penal objetiva em matéria de lavagem, configurando relevante garantia de imputação subjetiva que somente permitirá a responsabilização de agente que possua “relação psíquica” com os eventos do caso concreto¹⁹².

No entanto, há uma discussão doutrinária quanto ao cabimento apenas do dolo direto, no qual o autor deve ter conhecimento pleno e absoluto da origem ilícita do produto, ou se seria possível também a aplicação do dolo eventual, caso em que a mera suspeita seria suficiente para fins de imputação, abrindo espaço, assim, para a Doutrina da Cegueira Deliberada.

Nesse sentido, Bottini entende que é imprescindível a consciência completa acerca da ilicitude, pois caso desejasse o legislador permitir a hipótese de dolo eventual no delito do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, teria ele o feito por previsão expressa, como ocorre nos delitos em que encontramos a expressão “deve saber”¹⁹³.

Oliva García¹⁹⁴ sustenta que abrir mão do conhecimento específico e, conseqüentemente, do elemento volitivo de concorrer para a infração penal, visando permitir a aplicação da teoria da cegueira deliberada em casos de dolo eventual, seria, de alguma forma, alterar o conceito de dolo e causar a sua “desnaturalização”,

¹⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 138.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 140-1.

¹⁹⁴ Apud LIMA, Vinícius de Mello. **Lavagem de dinheiro e ações neutras**: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014. p. 104.

correndo o risco de criar uma responsabilidade penal objetiva ou, ainda, eliminar o instituto da culpa consciente – que também se utiliza do conhecimento potencial do perigo concreto.

Em raciocínio oposto, Prado¹⁹⁵ apresenta diversos argumentos que, em sua opinião, justificariam concluir pela possibilidade de imputação penal por dolo indireto quanto ao delito tipificado no art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998. Em primeiro lugar, o autor afirma que o fato de o legislador ter se utilizado da expressão “sabendo serem oriundos [...] de crime”, ainda no anteprojeto da Lei, constituiria um argumento genético a ser respeitado, sobretudo pois a intenção legislativa de incluir o dolo eventual foi confirmada na Exposição de Motivos, onde se lê, expressamente, que este será admitido somente no *caput* do artigo.

A seguir, o autor aborda um argumento que diz ser de cunho lógico, qual seja a ausência de vedação, ainda que implícita, à aplicação do dolo eventual, como ocorre no § 1º, incisos I a III, e § 2º, inciso II, do art. 1º, da Lei nº 9.613/98. Sustenta que, em não havendo regra posta pelo legislador, não deve o intérprete criar distinção inexistente, podendo o tipo ser informado por uma modalidade de dolo ou outra¹⁹⁶.

Dando continuidade, aponta para o direito comparado como indicativo de cabimento do dolo indireto. Assevera que o objetivo global do direito uniforme em matéria de lavagem, a partir do qual se originou a legislação brasileira, era inibir a atuação dos profissionais da lavagem, ou a lavagem “terceirizada”. Assim, a redução ao dolo direto implicaria em inutilidade de grande parte do direito comparado¹⁹⁷.

Baltazar Junior¹⁹⁸ também admite a hipótese de dolo eventual, sob o mesmo argumento de que este encontra-se assentado na exposição de motivos da lei, bem como pela expressão “provenientes”, que substituiu a versão do projeto originário onde se lia “sabendo serem oriundos”. Dessa forma, afirma ser “suficiente que o dolo atinja a existência do crime antecedente, não se exigindo que o lavador conheça especificamente como se deu a conduta anterior”, bastando que assumo “o

¹⁹⁵ PRADO, Rodrigo Leite. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.) et al. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 282 e ss.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 405-6.

risco de que os bens tenham origem criminosa, apesar de as circunstâncias o indicarem”.

Na doutrina espanhola também há autores que sustentem a possibilidade de aplicação do dolo eventual aos delitos de lavagem, entre eles Bermejo¹⁹⁹, que atribui ao termo “*sabiendo*” e a expressão “*a sabiendas*” a compatibilidade com o dolo indireto, por se tratarem de uma parte conceitual do dolo compatível com qualquer uma de suas classes.

No mesmo sentido é o entendimento de Blanco Cordero²⁰⁰, que admite o dolo eventual com base no mesmo argumento supra mencionado acerca das expressões contidas no texto legal e a carga subjetiva que carregam, acrescentando que a norma espanhola pune a modalidade culposa, de modo que isso apenas importa mais razões para punir também o dolo eventual. Especificamente quanto ao delito de lavagem de dinheiro, deve existir o conhecimento da procedência ilícita do que se pretende lavar²⁰¹.

4.2 APLICAÇÃO DA TEORIA DA “IGNORÂNCIA DELIBERADA” QUANTO AOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NOS SISTEMAS DE CIVIL LAW – ESTUDOS QUANTO À ESPANHA E BRASIL

4.2.1 Da compatibilidade da legislação espanhola em relação à cegueira deliberada

Para Isidoro Blanco Cordero²⁰², é possível a comissão do delito de lavagem mesmo quando o texto da lei espanhola faz expressa referência à expressão “*a sabiendas*”. Segundo doutrina espanhola majoritária, encabeçada por Díez Ripollés, o delito de lavagem admite todas as formas de dolo, não podendo excluir o dolo eventual.

¹⁹⁹ BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**. Un análisis jurídico-económico. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 313. “El legislador ha incluido el requisito de que el autor debe actuar ‘sabiendo’o ‘a sabiendas’de que los bienes provienen de un delito. Este requisito ha sido interpretado, según la doctrina dominante, en el sentido de que no se trata de un especial element subjetivo del injusto sino que es parte integrante del dolo típico y sin que, por otro lado, impongan la exigencia de una determinada clase de dolo.

²⁰⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012. p. 685-6.

²⁰¹ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Arazandi, 2012. p. 648.

²⁰² *Ibid.*, p. 373.

4.2.2 A solução dada pela jurisprudência espanhola

O Tribunal Supremo espanhol tem utilizado a teoria da “ignorância deliberada” para condenar réus pelo delito de lavagem de dinheiro.

4.2.2.1 STS 5288/2005

Também é da Espanha a interessante sentença STS 5288/2005²⁰³, que, em caso de lavagem de dinheiro, construiu o entendimento no sentido de possibilitar a condenação daquele que deliberadamente “fecha os olhos”:

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

4.2.2.2 STS 4934/2012

No *leading case* STS 4934/2012²⁰⁴, julgado em 09 de julho de 2012, a suprema corte daquele país utilizou-se da desta teoria, autorizando o dolo eventual ao crime de lavagem, e conseqüentemente, mantendo a condenação do recorrente. No *decisum*, utilizou-se também de precedentes do tribunal para apoiar a possibilidade em comento.

²⁰³ ESPANHA. Consejo General del Poder Judicial. **Nº de recurso: 1043/2004 nº de resolución: 1034/200**. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Madri, set 2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=1194992&links=ignorancia%20y%20deliberada%20y%20blanqueo&optimize=20051006&publicinterface=true>>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁰⁴ ESPANHA. Consejo General del Poder Judicial. **Nº de recurso: 1417/2011 nº de resolución: 557/2012**. Ponente: Jose Ramon Soriano. Madri, jul de 2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6448948&links=ignorancia%20y%20deliberada%20y%20blanqueo&optimize=20120723&publicinterface=true>>. Acesso em: 30 out. 2012.

Se entiende que el sujeto actúa con dolo eventual cuando ‘consideró seriamente y aceptó como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito’. Dentro del dolo eventual, ordinariamente se incluirá aquellos comportamientos de ‘ignorancia deliberada’ a los que se refiere la recurrida y sobre los que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones (entre otras SSTS 1637/99 de 10 de enero-2000 ; 946/2002 de 22 de mayo ; 236/2003 de 17 de febrero ; 420/2003 de 20 de mayo ; 628/2003 de 30 de abril ; 785/2003 de 29 de mayo ; 16/2009 de 27 de enero , etc.).

Tais julgados demonstram a possibilidade da aplicação da instrução da cegueira deliberada aos países que adotam a *civil law*, que também inclui a Argentina²⁰⁵.

4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA “IGNORÂNCIA DELIBERADA” QUANTO AOS CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

Interessante, no tocante à possibilidade de aplicação da cegueira deliberada aos crimes de lavagem de dinheiro, a posição de Francis Rafael Beck²⁰⁶, que, em artigo sobre o assunto, refere, *ipsis litteris*:

Não se pretende condenar ou desautorizar a doutrina da cegueira logo no 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.

É necessária a análise pormenorizada antes da realização do “transplante” referido pelo autor de tal doutrina para nosso ordenamento.

4.3.1 Dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro após a edição da Lei n. 12.683/2012

Com a alteração da Lei de Lavagem no Brasil e sendo escassa a discussão pontual sobre o delito de lavagem, verificou-se que não há opinião firmada entre os

²⁰⁵ “Por todo lo expuesto es posible sostener, como una primera afirmación, que el ingreso de la doctrina de la willful blindness o ignorancia deliberada, no encontraría obstáculos en la redacción de nuestro ordenamiento legal.” HUERGO, María Victoria. **Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible recepción en Argentina**. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2012.

²⁰⁶ WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luis. (Org.). **Lavagem de dinheiro**. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 134.

doutrinadores a respeito do elemento subjetivo do tipo. Todos parecem concordar que é exigido o dolo, mas o tipo (se eventual e/ou direto) ainda não está consolidada. Para tumultuar ainda mais o ponto, a nova lei extinguiu da conduta tipificada no art. 1º, §2º, I, da Lei 9.613/98 a exigência do conhecimento pleno da ilicitude dos bens, o que parece um movimento do legislador no sentido do cabimento do dolo eventual na lavagem de dinheiro.

Na conduta equiparada contida no diploma supracitado, a expressão “que sabe serem” fechava, para grande parte da doutrina, a possibilidade da admissão do dolo eventual no delito de lavagem²⁰⁷. Alguns autores, entretanto, admitem o dolo eventual, dentre eles Rodolfo Tigre Maia²⁰⁸, que entende “[...] ser cabível o dolo eventual no tipo básico de ‘lavagem’ de dinheiro [...]”²⁰⁹. A maior parte da doutrina nacional acerca do assunto vem baseada na lei antes da mudança legislativa, razão pela qual perdem um pouco de sua força, eis que o elemento “que sabe”, representando a exigência de conhecimento concreto, foi suprimido do diploma legal.²¹⁰

Aceitando, muito em razão da nova lei de lavagem, que o delito de lavagem contido no art. 1º, §2º, I da Lei 9.613/98 é compatível com o dolo eventual, devem ser traçados os limites da teoria da cegueira deliberada no ordenamento pátrio. Tal doutrina foi recepcionada pelo sistema *common law*, provavelmente por não ter tal sistema a preocupação com o dolo eventual e suas delimitações. Na verdade, o problema todo está na aceitação do dolo eventual no que tange ao crime de lavagem, e, ademais, delimitar a imputação e os requisitos autorizadores da instrução da avestruz no Direito Penal brasileiro. Aliás, este é um dos grandes desafios da doutrina brasileira, uma vez que, ao contrário dos Estados Unidos, onde a consequência da teoria é a “presunção do dolo”, eis que não tratam de dolo

²⁰⁷ CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-109. SOUZA NETTO, José Laurindo. **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei 9613/98. Curitiba: Juruá, 1999. p. 100. BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 46.

²⁰⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**: Lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 88.

²⁰⁹ William Terra de Oliveira refere que “o dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em sua posição de garante em relação à inevitabilidade do resultado ou se a conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 328.

eventual, nosso sistema, justamente por contemplar as diversas espécies de responsabilidade subjetiva (dolo direto, dolo eventual, culpa consciente, culpa inconsciente), torna a aplicação um risco à segurança jurídica, tendo em vista a diferença singela e ainda discutida entre tais modalidades.

As cortes americanas, como já mencionado no primeiro capítulo, utilizam a doutrina no direito penal, e mais, aplicam-a ao delito de lavagem de dinheiro²¹¹.

Pierpaolo, embora rechace o dolo eventual no tipo básico da lavagem de dinheiro, entende que é possível sim equiparar a teoria da cegueira deliberada ao dolo eventual²¹². Na legislação brasileira, não se utilizaram as expressões *sabendo* ou *a sabiendas* como o fez o legislador espanhol, já que o tipo só faz menção aos termos *ocultação* ou *dissimulação* da procedência dos bens, o que permite concluir que é cabível o dolo eventual, por ausência de restrição nesse sentido.²¹³

Assim, o autor dos fatos tem que ter o conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram sua origem num dos delitos expressamente previstos pela lei e, além disso, sua conduta deve estar dirigida a esta finalidade. Se o sujeito na comissão do delito não tem certeza absoluta, senão

²¹¹ UNITED STATES v. Ceden Perez, 579 F.3d 54, 59 (1st Cir. 2009); United States v Flores, 454 F.3d 149, 155 (3d Cir. 2006); United States v. Hill, 167 F.3d 1055, 1065-68 (6th Cir. 1999). No paradigma United States v. Quinones, 635 F.3d 590, 594 (2d Cir. 2011) a Suprema Corte referiu que o júri pode entender que o acusado tinha conhecimento culpável quando as evidências demonstram que ele intencionalmente evitou a confirmação da origem do bem. “A conscious avoidance instruction permits a jury to find that a defendant had culpable knowledge of a fact when the evidence shows that the defendant intentionally avoided confirming the fact”; Já no caso United States v. Lewis, 558 F.3d 601, 613 (8th Cir. 2008), a decisão da corte afirmou que a intencional negação permite que o júri estabeleça o conhecimento do acusado quando isto deveria ser-lhe óbvio, caso entenda (o júri), além da dúvida razoável, que o réu deliberadamente evitou a descoberta da verdade (“A willful blindness instruction allows the jury to impute knowledge to a defendant of what should be obvious to him, if it found, beyond a reasonable doubt, a conscious purpose to avoid enlightenment”); Finalmente, em um importante Leading Case, United States v. Antzoulatos, 962 F.2d 720, 725 (7th Cir. 1992), confirmou a Corte Suprema: é consolidado o entendimento de que a intencional negação é legalmente equivalente ao conhecimento. Dessa maneira, consideraram constitucional a aplicação da seção 1956 (lavagem de dinheiro) a um comerciante que efetivamente sabia estar lidando com traficantes e seu dinheiro, ou que deliberadamente ignorou o fato. (“It is well settled that willful blindness or conscious avoidance is the legal equivalent to knowledge... We therefore examine the constitutionality of section 1956(a)(1)(B) as applied to a merchant who actually knew that he was dealing with drug dealers and their money, or deliberately turned a blind eye regarding this fact.... We conclude that Antzoulatos’ right to liberty under the Fifth Amendment was not violated”).

²¹² O autor, entretanto, contradiz-se ao longo de seus escritos. Primeiramente, afirma que “o dolo eventual, quando admitido pelo legislador, é sempre expressamente previsto no texto legal pela expressão “deve saber”. Entretanto, adiante, ao tratar do art. 1º, §2º, I da Lei 9.613/98, refere que “a supressão da expressão ‘que sabe’ na reforma de 2012 teve o claro objetivo de agregar a punição pelo dolo eventual.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

²¹³ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**: Lavagem de ativos provenientes de crime – Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 88.

que só se representa como provável que os bens têm uma origem delitiva, não se pode condenar pelo art. 1º da lei de lavagem. O artigo exige que o autor dos fatos tenha que atuar com alguma das finalidades previstas legalmente, é dizer, seja a de ocultar ou dissimular a origem criminosa dos bens.

Uma vez possível o dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, abre-se então a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada à espécie²¹⁴. Em apertada síntese, a doutrina referida propõe a equiparação, atribuindo os mesmos efeitos da responsabilidade subjetiva, dos casos em que há o efetivo conhecimento dos elementos objetivos que configuram o tipo e aqueles em que há o “desconhecimento intencional ou construído” de tais elementares. Extrai-se tal conclusão da culpabilidade, que não pode ser em menor grau quando referente àquele que, podendo e devendo conhecer, opta pela ignorância²¹⁵.

Pierpaolo Bottini²¹⁶ foi um dos poucos a tratar do assunto após a Lei 12.683/12, e refere que “o motivo da criação dos filtros de cegueira deve ser

²¹⁴ Nos Estados Unidos, como sobredito no ponto próprio, já existe a aplicação da teoria da cegueira deliberada quanto ao delito de lavagem de dinheiro: *United States v. Ceden Perez*, 579 F.3d 54, 59 (1st Cir. 2009); *United States v. Flores*, 454 F.3d 149, 155 (3d Cir. 2006); *United States v. Hill*, 167 F.3d 1055, 1065-68 (6th Cir. 1999). No paradigma *United States v. Quinones*, 635 F.3d 590, 594 (2d Cir. 2011) a Suprema Corte referiu que o júri pode entender que o acusado tinha conhecimento culpável quando as evidências demonstram que ele intencionalmente evitou a confirmação da origem do bem. (“*A conscious avoidance instruction permits a jury to find that a defendant had culpable knowledge of a fact when the evidence shows that the defendant intentionally avoided confirming the fact*”); Já no caso *United States v. Lewis*, 558 F.3d 601, 613 (8th Cir. 2008), a decisão da corte afirmou que a intencional negação permite que o júri estabeleça o conhecimento do acusado quando isto deveria ser-lhe óbvio, caso entenda (o júri), além da dúvida razoável, que o réu deliberadamente evitou a descoberta da verdade (“*A willful blindness instruction allows the jury to impute knowledge to a defendant of what should be obvious to him, if it found, beyond a reasonable doubt, a conscious purpose to avoid enlightenment*”); finalmente, em um importante *Leading Case*, *United States v. Antzoulatos*, 962 F.2d 720, 725 (7th Cir. 1992), confirmou a Corte Suprema: é consolidado o entendimento de que a intencional negação é legalmente equivalente ao conhecimento. Dessa maneira, consideraram constitucional a aplicação da seção 1.956 (lavagem de dinheiro) a um comerciante que efetivamente sabia estar lidando com traficantes e seu dinheiro, ou que deliberadamente ignorou o fato (“*It is well settled that willful blindness or conscious avoidance is the legal equivalent to knowledge[...] We therefore examine the constitutionality of section 1956(a)(1)(B) as applied to a merchant who actually knew that he was dealing with drug dealers and their money, or deliberately turned a blind eye regarding this fact[...] We conclude that Antzoulatos’ right to liberty under the Fifth Amendment was not violated*”).

²¹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124290/172263>>. Acesso em: 19 set. 2012.

²¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 18 set. 2012.

precisamente evitar o conhecimento específico de atos infracionais penais.”²¹⁷ O autor resume com muita precisão o *checklist*, ao referir, *in verbis*:

Em síntese, a cegueira deliberada somente é equiparada ao dolo eventual nos casos de criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens, nos quais o agente represente a possibilidade da evitação recair sobre atos de lavagem de dinheiro.

Tais requisitos são de suma importância, contudo, não representam grande novidade no direito anglo-saxão. Os diferentes circuitos federais, como vimos, tem aplicado a instrução da cegueira deliberada ao júri de diversas maneiras, e, excetuando-se o caso do 2o Circuito de Nova Iorque, convergem em dois pontos fundamentais²¹⁸: a crença do agente acerca da grande possibilidade da prática de lavagem; e a ação deliberada e positiva do agente para evitar o conhecimento de tal ocorrência.

O requisito que desafia a acusação é, sem sombra de dúvida, a subjetividade do agente. O denominado comportamento positivo para evitar o conhecimento pleno pode vir a ser confundido pelo simples desinteresse, acarretando condenações de lavagem de dinheiro na modalidade culposa, o que evidentemente não é admitido em nosso ordenamento.

4.3.2 Cegueira Deliberada ou Erro de Tipo?

Por derradeiro, há a necessidade de análise dos requisitos citados sob o prisma do sistema punitivo brasileiro, principalmente no que tange ao dolo eventual no delito de lavagem, que, frise-se, atualmente não é pacífico na doutrina, contudo, com a nova redação da lei de lavagem, podem os doutrinadores passar a admitir a possibilidade. Menciona Isidoro Blanco Cordero²¹⁹ que a substituição do conhecimento atual pela *willful blindness* pode violar o devido processo legal e ampliar demasiadamente a discricionariedade judiciária, podendo terminar com a

²¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 18 set. 2012.

²¹⁸ MENTAL STATES. Chapter 5, p. 22, 2001. Disponível em: <http://www.ca3.uscourts.gov/criminal_jury/Oct2011/Final%20update%20Chapter%205.pdf>. Acesso em: 30 out. 2012.

²¹⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. **Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales**. Granada: Comares, 1999.

atribuição de garante a diversas pessoas, tal como o advogado, que também está em situação delicada perante a nova lei de lavagem brasileira.

Deve ser exigido, para fins de cegueira deliberada, a análise da potencial consciência da ocorrência de crime com base nas características individuais, e não no comportamento esperado do agente. Aqui, surgem novos problemas para a aplicação no ordenamento brasileiro, eis que se pode alegar que o desconhecimento é, em verdade, erro de tipo essencial (art. 20, do Código Penal²²⁰), e, assim o sendo, excluiria a tipicidade da conduta no delito de lavagem, já que comporta apenas a modalidade dolosa.

Preocupantes são as conclusões extraídas por alguns autores quando comparada a teoria da cegueira com o erro de tipo. Inés Sandro Sol²²¹, da Universidade de Belgrano, entende que a teoria da “ignorância deliberada” é, em verdade, modalidade do erro de tipo, opinião esta que vai de encontro às decisões aqui já referidas das cortes americanas.

Podemos concluir entonces que la ceguera ante los hechos podría subsumirse como un caso particular de error de tipo evitable agravado que no merece la pena de la imprudencia sino la del dolo (al menos, en el límite con el dolo eventual), criterio que es compatible con el texto del Código Penal Argentino en la medida que el art 34, inc. 1º, no fija las consecuencias del error evitable y simplemente le atribuye – en forma genérica- una punibilidad abierta.

Em que pese em outras manifestações tenha resumido exemplarmente os requisitos de aplicação da cegueira deliberada Bottini, em recente artigo, acaba equiparando a cegueira deliberada a “uma situação proposital de erro de tipo.”²²² Tal equiparação parece-nos equivocada, à medida que os institutos tem pressupostos diversos.

²²⁰ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848_compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

²²¹ SOL, Inés Sandro. **La ignorancia deliberada del derecho penal: ¿dolo o culpa?** “La mejor manera de no saber, es no querer saber”. Zabala: Universidad de Belgrano, 2012. p. 14. Disponível em: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/505_Sol.pdf>. Acesso em: 23 set. 2012.

²²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. **Consultor Jurídico**, 30 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

O erro de tipo sempre consistirá no desconhecimento do autor acerca dos elementos constitutivos do tipo presentes em sua ação²²³. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli conceituam o erro de tipo como “o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”²²⁴. Para nós, o erro de tipo ocorre quando alguém age sem conhecimento de circunstância constante no tipo objetivo, ou seja, “falta-lhe a imagem representativa exigível para o dolo do tipo.”²²⁵

Da breve exposição acerca do erro, não há como alegar que a teoria da cegueira seja sua modalidade, uma vez que, admitindo-se tal possibilidade, estar-se-á punindo o indivíduo sem que haja o dolo exigível. Em verdade, a cegueira deliberada, como já mencionado, exige a firme convicção da possibilidade de crime, contudo, há uma ação positiva do agente para evitar chegar ao conhecimento pleno. No erro de tipo, não há sequer representação do elemento típico do delito, excluindo o dolo.

Depois deste breve estudo, conclui-se que antes da alteração da Lei de Lavagem brasileira, só nos casos de dolo direto do agente, ou seja, conhecimento da procedência ilícita dos bens advindos de determinados delitos e vontade de participar no crime de lavagem, é que haveria a possibilidade de punição. O motivo dessa conclusão era a de que o delito de lavagem exigia que se conhecesse a procedência ilícita dos valores que seriam lavados e o momento do conhecimento deveria ocorrer, a nosso juízo, na ocasião da consumação do delito previsto na lei, ou seja, no momento em que o sujeito atuasse para realizar uma das atividades típicas descritas nos verbos do tipo, porque ele tinha que saber que os bens procediam de um dos delitos expressamente enumerados na lei e, ainda, que sabia antes da realização do delito prévio.

O outro motivo é que, além do conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram sua origem na comissão de uma infração penal antecedente apta a gerar valores, sua finalidade deveria estar dirigida para este fim: lavagem. Se o sujeito, na comissão do delito, não tinha a certeza

²²³ BINDING, Karl. **La culpabilidad en Derecho Penal**. Argentina: Editorial B de F., 2009. p. 84.

²²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 467.

²²⁵ CALLEGARI, André Luis. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 140.

absoluta, senão que só se representava como provável que os bens tinham uma origem delitiva, não se poderia condenar pela comissão do delito de lavagem. É que os tipos penais exigiam que o autor atuesse com uma das finalidades específicas, previstas legalmente, é dizer, seja a de ocultar, seja a de dissimular a origem criminosa dos bens.

4.4 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DA APLICABILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA EM CASOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO – TESTES DE INTEGRIDADE CONCEITUAL

No campo do Direito Penal, a teoria da cegueira deliberada vem sendo utilizada nos mais diversos casos, na maioria das vezes fundamentando uma condenação de um indivíduo. A seguir serão analisadas criticamente algumas decisões, nas quais verificaremos o apego das cortes brasileiras ao positivismo, que permite, como é natural, a discricionariedade e arbitrariedades por parte do julgador.

4.4.1 Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Em decisão de 25 de fevereiro de 2015, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região²²⁶, aplicando a teoria da cegueira deliberada, manteve condenação de um

²²⁶ PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. CARACTERIZADO O AGIR DOLOSO. DOLO EVENTUAL. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Age dolosamente não só o agente que quis (por vontade consciente) o resultado delitivo (dolo direto), mas também o que assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o artigo 18, inciso I, do Código Penal. 2. Hipótese na qual as circunstâncias fáticas, o interrogatório do acusado e a prova testemunhal indicam que havia ou ciência do acusado quanto à falsidade do documento apresentado às autoridades policiais ou ignorância voluntária. 3. Pertinente, nesse cenário, a teoria da cegueira deliberada (willfull blindness doctrine), que aponta para, no mínimo, o dolo eventual. 4. A aplicação da teoria da cegueira deliberada para a configuração de dolo eventual exige: que o agente tenha tido conhecimento da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal; que o agente tenha tido condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade; e que o agente deliberadamente tenha agido de modo indiferente a esse conhecimento. 5. Motorista de veículo roubado que apresenta aos policiais rodoviários federais CRLV falso não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao documento falso, tendo condições de aprofundar o seu conhecimento e sabendo da elevada probabilidade de que praticava ou participava de atividade criminal, especialmente quando recebera quantidade de dinheiro considerável frente à tarefa que iria desempenhar. 6. Considerando os elementos contidos nos autos, e revelando-se presentes todos os requisitos para a configuração do dolo eventual, em plena consonância com a teoria da cegueira deliberada, as razões do apelante referentes ao pedido de absolvição não merecem prosperar. (RIO GRANDE DO SUL. TRF4, **ACR 5001945-68.2013.404.7004**, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 25/02/2015).

indivíduo por uso de documento falso. Para discussão do caso, utilizaremos o trecho principal do voto do relator, que foi acompanhado pelos demais desembargadores:

Segundo tal teoria - por vezes também denominada de "doutrina do ato de ignorância consciente" ou "teoria das instruções de avestruz" - , o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da procedência de bens, direitos e valores, com o intuito de auferir vantagens. O dolo configurado, nesse caso, é o dolo eventual: o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado.

Inicialmente, os desembargadores trabalham com a ideia de “sabendo ou suspeitando fortemente”. Está aí colocado o primeiro erro. Se a teoria da cegueira deliberada, quando utilizada no Brasil, equipara o comportamento descrito ao dolo eventual, havendo o conhecimento pleno, tem-se necessariamente o dolo exigido pelo tipo. Aquele que conhece não se mantém cego, eis que seus “olhos” já entraram em contato com a informação, logo, absolutamente descabida a condenação por cegueira deliberada daquele que tem conhecimento.

Em seguida, seguem os desembargadores: “prevendo o resultado de sua conduta”. A única previsão que tem o agente é a de que, caso venha a ser confirmada a sua suspeita, algo ilícito pode ocorrer. A diferença pode ser singela, mas existe uma camada intermediária entre prever um resultado pura e simplesmente e prever um resultado caso algo se confirme no meio do caminho.

O mesmo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Criminal Nº 5003520-79.2011.4.04.7005/PR²²⁷, julgada em 22 de novembro de 2016, aplicou a teoria da cegueira deliberada nos seguintes termos:

²²⁷ DIREITO PENAL. CONTRABANDO. CIGARROS. TRANSPORTE. ARTIGO 334, PARÁGRAFO PRIMEIRO DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI 399/68. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AFASTADA A SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. ARTIGO 92 INCISO III, DO CÓDIGO PENAL. RÉU EXERCENTE DA PROFISSÃO DE MOTORISTA EM EMPRESA PRIVADA. 1. A conduta do réu integrava a cadeia de atos necessários ao transporte das mercadorias contrabandeadas, sendo conduta típica sujeita às sanções previstas para o crime de contrabando, nos termos do art. 3º do Decreto Lei nº 399/68. 2. Age dolosamente tanto o agente que quer o resultado delitivo, quanto aquele que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta grande quantidade de mercadorias contrabandeadas não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. 3. Para o cálculo das vetoriais do artigo 59 do Código Penal,

Nesse quadro, pertinente a construção jurisprudencial e doutrinária do direito anglo-saxão no que se refere à teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness doctrine*).

Segundo tal teoria - por vezes também denominada de 'doutrina do ato de ignorância consciente' ou 'teoria das instruções de avestruz' -, o agente finge não enxergar a possibilidade de ilicitude da procedência de bens, com o intuito de auferir vantagens. O dolo configurado, nesse caso, é o dolo eventual: o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, e, portanto, prevendo o resultado lesivo de sua conduta, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, não se importando com o resultado.

Assim, resta demonstrado que houve a realização de conduta típica com a realização do transporte dos cigarros apreendidos, e que houve o dolo do réu, ainda que eventual.

Outro julgado, datado de 05 de outubro de 2016²²⁸, dá conta de suposta organização criminosa estava, contando também com uma rede de transporte e entrega de mercadorias composta por proprietários de transportadoras, motoristas de caminhão, etc., que tinham como objetivo dar a aparência de legalidade às cargas remetidas pelo grupo para outras localidades, sendo os defensivos agrícolas escondidos em cargas lícitas, até chegarem aos compradores, destinatários finais dos agrotóxicos.

deve o peso de cada circunstância ser analisado consoante as particularidades do caso concreto. 4. Condenações por fatos anteriores aos ora em julgamento, ainda que com trânsito em julgado posterior, no curso da ação, caracterizam maus antecedentes. 5. A pena de prestação pecuniária deve atentar para a situação econômica do réu, sem que seja, no entanto, fixada em valor irrisório que sequer seja sentida como sanção. 6. O art. 92, III, do Código Penal, não prevê requisitos objetivos a serem preenchidos, mas sim que o magistrado, entendendo adequada a medida, fundamentará a decisão de inabilitação para dirigir de acordo com as particularidades do caso concreto. No caso, o réu traz comprovantes de que está trabalhando lícitamente como motorista profissional de empresa privada, de modo que afastou a aplicação da medida de inabilitação para dirigir veículos. (RIO GRANDE DO SUL. TRF4. **ACR 5003520-79.2011.404.7005**, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 23/11/2016).

²²⁸ PENAL. OPERAÇÃO DOSE ÚNICA. IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA DE AGROTÓXICOS. TRANSPORTADOR. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROPRIETÁRIO DO CAMINHÃO. DOLO EVENTUAL. CEGUEIRA DELIBERADA. 1. Materialidade, autoria e dolo do crime do artigo 56 da Lei nº 9.605/98 devidamente comprovados, em especial pela prisão em flagrante do acusado, bem como pelos demais documentos dos autos. 2. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também aquele que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Ao indivíduo que, proprietário de caminhão fretado para transporte de mercadorias em geral, não é dado excluir a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto ou objetos da carga, quando teria condições de aprofundar o seu conhecimento ou exigir de seus prepostos tal conduta. 3. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade fixada. 4. Apelação criminal parcialmente provida. (RIO GRANDE DO SUL. TRF4. **ACR 5002372-47.2013.404.7010**, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 07/10/2016).

O crime em questão é o previsto no art. 56 da Lei 9.605/98, que vem assim tipificado: “Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.”

Verifica-se que o elemento típico subjetivo é o dolo, consistente nos verbos nucleares e em relação a substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente. Ocorre que, utilizando-se da teoria da cegueira deliberada, os julgadores do Tribunal Regional Federal da 4ª região, terminaram condenar o caminhão que afirmara desconhecer que elementos do tipo, especificamente o fragmento “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”.

Ademais, ainda que diferente fosse, o acusado JOCEMAR teria agido, no mínimo, com dolo eventual, assumindo o risco de produção do resultado delitivo, já que havia diversos indicativos de que estaria transportando produtos ilegais e ainda assim optou por persistir no curso da atividade delitiva e por não aprofundar seu conhecimento sobre o que estaria transportando.

Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal).

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*), que tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolha permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira. Embora utilizados mais amplamente no Direito Comparado para lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, plenamente pertinentes para delitos de contrabando e descaminho, quando o responsável pela introdução dos produtos ilícitos em território nacional afirma ignorância e indiferença em relação ao objeto transportado.

Assim, evidenciado que o acusado assumiu o risco de transportar as mercadorias irregularmente, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual - sendo descabida a pretensão de desclassificação para a modalidade culposa.

É o retorno ao velho exemplo dos crimes de trânsito: se o agente, sabendo que os freios de seu automóvel estão estragados, assume o risco de um acidente, e tal previsão se concretiza, responde – sem entrar no mérito de cabimento – por dolo eventual. Agora, a situação muda quando o indivíduo, desconfiando que seus freios não funcionam, deixa de testá-los querendo evitar o gasto de substituição, e vai para a rua, causando um acidente. Verifica-se que a diferença dos dois casos está no conhecimento da informação, que, no segundo caso, pode ser equivalente a uma culpa consciente, e, pela teoria da cegueira deliberada, equiparada ao dolo eventual.

4.4.2 Supremo Tribunal Federal

Não é privilégio do Tribunal Regional da 4ª Região a utilização da teoria da cegueira deliberada. Na Ação Penal 470, vulgarmente conhecida como mensalão, o Supremo Tribunal Federal fez o seguinte aporte: “Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa.”

Verifica-se que nossa Corte Máxima utiliza-se, sem qualquer filtro, da teoria como vem sendo aplicada (em parte, como demonstrado) nos Estados Unidos. A problemática aqui persiste, uma vez que, por esta noção de cegueira, tudo passa a ser passível de, no caso em questão, lavagem de dinheiro, uma vez que os conceitos abertos da própria teoria, da maneira aplicada, abrem espaço amplo à discricionariedade.

Esses exemplos limítrofes expressam a necessária análise por parte da doutrina dessa figura que vem sendo aplicada pelos tribunais. Abrindo-se a teoria da cegueira deliberada da maneira que o judiciário tem feito, estaremos em breve vendo condenações em que o juiz substitui o necessário conhecimento exigido pela lei pela teoria da cegueira deliberada, sob o argumento de que o agir dessa maneira (mantendo-se alheio à informação) é igualmente reprovável àquele que detém o conhecimento do ato ilícito²²⁹.

²²⁹ HELLMAN, Debora. Willfully Blind for Good Reason. **Criminal Law and Philosophy**, v. 3, p. 301-316, 2009.

4.5 A (IN)COMPATIBILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

E aqui vem o ponto nevrálgico de todo esse trabalho: existe algo muito perturbador na alteração da tipicidade subjetiva, caracterizado pelo desrespeito à Constituição, que prevê, no art. 5º, inciso XXXIX, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É o princípio da legalidade, garantia fundamental da manutenção da ordem social, e que, no momento de alteração por parte do judiciário de requisitos legais do crime doloso, termina por romper com a Constituição Federal.

Dentro dessa perspectiva, a lei penal, principalmente o art. 18 do Código Penal, define crime doloso como aquele ocorrido “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Outrossim, a importação da teoria da cegueira deliberada, na visão de Greco²³⁰, encontra uma barreira no artigo 20 do Código Penal:

A lei brasileira (Art. 20 caput CP) exclui de antemão a ignorância deliberada no sentido estrito; reconhecer essa teoria significa fazer uma analogia contra o réu, em violação ao princípio do nullum crimen. É curioso que Rages nem mesmo menciona os dispositivos legais e não propõe uma reinterpretação “constructiva”. Enfim, eu vislumbro pouca chance de releitura dos dispositivos que disponham que os erros sobre o elemento do tipo excluam o dolo no sentido de que tais erros passem a justificá-lo. A tese da ignorância deliberada pode, no máximo, ser sustentada como proposta de reforma legislativa.

A abertura feita pela teoria da cegueira deliberada, nos moldes em que vem sendo aplicada, abre a porta ao ativismo judicial. O que se verifica, também no caso do TRF4 mencionado, é um retorno à jurisprudência dos valores. Parece que o magistrado, colocado frente ao caso concreto, primeiro “encontra” a decisão – aquela que, ao ver do juiz, é materialmente cabível ao caso concreto, e

²³⁰ La ley brasileira (art. 20 caput CP), excluye de antemano la figura de la ignorancia deliberada en sentido estricto; reconocerla significa hacer una analogía contra reo, en violación al principio nullum crimen. Es curioso que Ragués ni siquiera mencione esos dispositivos y que no proponga una reinterpetación “constructiva”. De todos modos, vislumbro pocas posibilidades de releer dispositivos que dispongan que el error sobre el elemento del tipo excluya el dolo en el sentido de que errores sobre elementos del tipo justifiquen el dolo. La tesis de la ignorancia deliberada puede, como máximo, ser sustentada de lege ferenda, como propuesta de reforma legislativa. GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramón Ragués**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. p. 67-78.

fundamentação da mesma, processo de compatibilização dessa decisão com o direito legislado. Essa é a lógica aplicada pela jurisprudência dos valores, e, dentro desse contexto destaca-se Esser²³¹, que considera como direito vigente aquilo que advem dos tribunais, colocando o legislativo como secundário na formação do mesmo.

Diferentemente de Esser, parece-nos que o judiciário, ao utilizar-se da teoria da cegueira deliberada, termina por ultrapassar primeiramente os limites legais definidos pela Constituição e pela lei penal, para então avançar para além de sua função, servindo como legislativo. Fikentscher²³², embora de maneira diversar de Esser, termina por considerar que a lei não é diretamente aplicável, estabelecendo balizas, para então se chegar ao que denomina “norma do caso”. Para este autor, o direito objetivo é composto pelo somatório das normas do caso, já que estas são as decisões, enquanto que a legislação é tão-somente “apoio de ratificação”.

A Jurisprudência dos Valores é bem definida por Lênio Streck²³³, que demonstra, assim como no caso da cegueira deliberada, os erros da recepção no Brasil:

Como se sabe, no caso alemão, a Jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do Bundesverfassungsgericht para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um jus distinto da lex, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada.

Em um país em que “até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’”²³⁴, preocupa a maneira que vem sendo aplicada uma teoria para romper com a lex posta. A cegueira deliberada, ao contrário do que se pensa, pode terminar sendo um meio de levar toda negligência à conduta dolosa, permitindo, por meio

²³¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 196.

²³² FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, v. IV, p. 220, apud LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 200.

²³³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

²³⁴ *Ibid.*, p. 58.

dessa equiparação, a punição de um agente que agiu com culpa consciente mas que, frente à lei, não responderia por nada, uma vez que não existe previsão da modalidade culposa. Se a doutrina não tomar sua posição devida, a teoria da cegueira deliberada terminará por punir toda e qualquer conduta culposa como se dolosa fosse, refletindo também na pena aplicável a cada caso.

Frente à inexistência de doutrina sobre o assunto, os juízes solipcistas têm à sua disposição uma perigosa forma de válvula de escape para a expressão de suas convicções pessoais sobre a condenação de um indivíduo. A preocupação não é hipotética, já que a doutrina da ignorância deliberada tem sido utilizada pelos Tribunais, a exemplo dos dois precedentes aqui destacados. A título de fechamento deste breve artigo, que busca chamar atenção aos problemas que podem e devem surgir quanto à errônea utilização da teoria, importante é a lição, novamente, de Lênio Streck²³⁵:

Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando critico o “solipcismo judicial” ou, o que é a mesma coisa, “decisões conforme a consciência do julgador”, tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista.

Se a hermenêutica, com utilização dos princípios, efetivamente traz o concreto ao direito, então a interpretação deve sempre ser fechada. Daí que se depreende que a teoria da cegueira deliberada não pode ser aproveitada para abrir a lei, sob pena de ampliação do espaço do julgador, abrindo margem às arbitrariedades e às decisões solipcistas, que partem da opinião do juiz para buscarem alguma “fundamentação”.

Nilson Eliás Pinilla Pinilla²³⁶, doutrinador da Colômbia e hoje integrante da Corte Constitucional do país, entende que a aplicação da teoria da cegueira no que chama de “direito continental” não se resume a uma mudança legislativa com a inclusão da expressão “tendo a possibilidade de conhecer” a origem dos valores transacionados. Para o estudioso, se incluída tal expressão na lei, haverá inevitável retrocesso na eliminação da imputação objetiva no código penal Colombiano, e

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 117.

²³⁶ PINILLA, Nilson Pinilla. **Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control**. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/106/cnt/cnt10.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

também restariam abertas as portas para a imputação do delito de lavagem na modalidade culposa, com possível utilização draconiana da brecha legal.

Verifica-se pelo teor das decisões judicial aqui analisadas e pela imprecisão doutrinária nacional, que a teoria da cegueira deliberada modifica o conceito de dolo, inverte o principio do in dubio pro reo – até mesmo com a utilização do art. 156 do Código de Processo Penal, bem como o ônus probatório, eis que acusado passa a ter que provar seu desconhecimento, e não a acusação o preenchimento do tipo penal. É uma instituição que permite a condenação por fraude sem ter de provar a fraude, mas apenas a existência de uma provocação voluntária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha como objetivo a observação dos resultados da utilização de uma teoria, que, inicialmente, não foi pensada para o direito brasileiro. A teoria chamada cegueira deliberada ou, *willfull blindness*, equipara uma conduta à sua modalidade doloso quando, segundo a jurisprudência e a doutrina estadunidense, alguns requisitos restam preenchidos. Para compreensão da importação da mesma pelo judiciário brasileiro e a correção de sua aplicação em nosso país, foram analisados conceitos jurídicos do local de sua concepção.

Verificou-se que a teoria, nos Estados Unidos da América, surgiu com um viés extremamente ativista, quando os juízes, diante da dificuldade de punição dos traficantes, uma vez que a lei exigia o efetivo conhecimento da posse com a intenção de distribuir, passaram a condenação até mesmo aqueles que portavam substâncias, sob a alegação de que sabiam da alta probabilidade de sua importação. Nos EUA, alguns doutrinadores enfrentam abertamente a questão da subjetividade que os tais requisitos da cegueira deliberada abrem, tendo em vista a aplicação equivocada e a posição ativista de muitos juízes.

São vários os doutrinadores de tradição do direito costumeiro buscaram dar o devido fechamento conceitual e a conseqüente possibilidade da aplicação da teoria. Verificou-se que a teoria, da maneira que foi colocada no Código Penal Modelo, cai em algum lugar entre a imprudência/indiferença e o conhecimento, duas figuras que foram devidamente estudadas no primeiro capítulo.

A doutrina da cegueira deliberada, ao ser trazida ao direito penal brasileiro, não passou por um teste de adaptação, por uma adequada e constitucional adaptação. Muito mais complexa sua utilização por aqui do que nos Estados Unidos, a teoria aqui citada fica localizada em um limbo entre o dolo eventual e a culpa consciente, exigindo necessariamente uma construção que permita sua aplicação em respeito à Constituição e à lei penal vigente. Observa-se, nesse ponto, que a Carta Magna brasileira, mais completa (complexa) quando comparada à dos EUA, prevê expressamente o princípio da legalidade no direito penal, e, portanto, deve haver essa exame de compatibilidade.

Diante do quadro apresentado, a teoria da cegueira deliberada foi sendo incorporada à *Civil Law* sem qualquer teste ou adequação, servindo aos julgadores solipcistas como maneira de garantir a condenação que entendem cabível.

Demonstraremos, a seguir, que a utilização da teoria da cegueira deliberada no direito continental passar por questões mais complexas do que nos EUA, eis que temos a figura do dolo eventual, que, em uma análise primeira, parece ser um equivalente à teoria.

A mera ideia de indiferença, sem tratamento adequado, apenas diluindo elementos distinção básica entre a responsabilidade intencional ("indiferença total") e irresponsável ("relativa indiferença"). Em muitos casos, a utilização do presente doutrina é desnecessária e desaconselhável por causa do perigo de extensão óbvia indevida do âmbito do culpado para a perda de critérios claros de diferenciação entre intencional e imprudente e porque, na prática, a sua utilização tem sido acompanhado por um claro declínio na motivação das razões pelas quais o juiz considera que apresentem os fatos: que permite aplicar a figura de fraude. Ou seja, a maioria dos alegados casos de determinada ignorância liberados são casos em que ou não há tal ignorância, e se a ação executa imediatamente o tipo praticado com a consciência da possibilidade de um risco, que é suficiente para uma possível fraude; ou onde a ignorância subsequente é o resultado de uma situação anterior de conhecimento, de modo que o comportamento anterior justifica a responsabilidade por fraude, de acordo com os princípios da mediada / autoria libera actio in causa crime / remoto. Quer através de meios diretos ou indiretos, não há ignorância aqui e eventual fraude. Fraude / negligência de outro, são encontrados em diferentes níveis. Este último tem a ver com o risco criado pelo autor, isto é, em última análise, eles mantêm uma relação íntima com a ideia de que o fundamento da pena injusta é a lesão a um direito legal

Para ilustrar a preocupante recepção da teoria foram utilizados trechos de decisões dos tribunais brasileiro, demonstrando a absoluta incapacidade do julgador, frente a um doutrina dormente, de aplicar adequadamente tais preceitos. Em verdade, observa-se, como foi demonstrado, um retorno à jurisprudência dos valores, uma vez que, como ocorre com os princípios, utilizaram-se os magistrados da cegueira deliberada para abrir o tipo penal e a culpabilidade, ampliando o conceito de dolo.

Não bastasse, há clara intervenção dos tribunais brasileiros, ao aplicar a *willfull blindness*, no próprio legislativo, eis que, desrespeitando a Carta Magna e sua previsão de legalidade, adentraram no espectro do dolo e ampliaram sua extensão. É mais preocupante ainda o fato de que os tribunais utilizem a teoria *ex officio* para

condenação de um indivíduo. Conceitos como conhecimento pleno, dolo e culpa vem sendo alterados na perspectiva punitiva, numa ação desenfreada dos próprios julgadores de verem os réus punidos. Sem uma necessária intervenção da doutrina, a teoria da cegueira deliberada servirá – e já vem servindo - como meio de alteração do texto, ultrapassando sua moldura e dando margem às decisões baseadas na opinião pessoal do magistrado, fruto de sua própria intenção frente ao caso, sob o falso véu de uma tese jurídica que não foi recepcionada, ao menos nos moldes de como tem sido utilizada.

REFERENCIAS

ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. **Código penal**: dernier texte modificateur: Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03). Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigofrances.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales**. Un análisis jurídico-económico. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BINDING, Karl. **La culpabilidad en Derecho Penal**. Argentina: Editorial B de F., 2009.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 1630. 8th Ed. 2004.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona: Thomson Reuters, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. **Consultor Jurídico**, 30 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

_____. A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro. **Consultor Jurídico**, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 18 set. 2012.

_____. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. In: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 29, 138.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

_____. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal.** Parte General. Barcelona: Ariel Dereco, 1984.

_____; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1999. v. 2.

CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual, culpa consciente e acidentes de trânsito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 84, v. 717, p. 515, jul. 1995.

_____. **Lavagem de dinheiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

CERVINI, Raul. **Lei de lavagem de capitais:** comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; DE OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHARLOW, Robin. Wilful Ignorance and Criminal Culpability. **Tex. L. Rev.**, v. 70, p. 1351-1376, 1380, 1381, 1382, 1386, 1394-1395, 1415-1416, 1992.

CHESNEY, Eugene J. "The concept of Mens Rea in the Criminal Law". (1939) 29 **Joyurnal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)**, v. 29, n. 5, p. 631, 1939. Disponível em:

<<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2828&context=jclc>>. Acesso em: 11 out. 2016.

COCAINE. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/4.Cocaine.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

COMPREHENSIVE Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970. **FindLaw.** Disponível em: <<http://criminal.findlaw.com/criminal-charges/comprehensive-drug-abuse-prevention-and-control-act-of-1970.html>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales.** Navarra: Arazandi, 2002.

_____. **Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales.** Granada: Comares, 1999.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro:** ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais: Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAZ PITA, M^a Del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. **Dolo**. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 2001.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. **Actualidad Penal**, [S.l.], n. 32, p. 609, sept. 1994.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPAÑA. Consejo General del Poder Judicial. **Nº de recurso: 1043/2004 nº de resolución: 1034/200**. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Madrid, set 2005.

Disponível em:

<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1194992&links=ignorancia%20y%20deliberada%20y%20blanqueo&optimize=20051006&publicinterface=true>>. Acesso em: 30 out. 2012.

_____. Consejo General del Poder Judicial. **Nº de recurso: 1417/2011 nº de resolución: 557/2012**. Ponente: Jose Ramon Soriano. Madrid, jul de 2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6448948&links=ignorancia%20y%20deliberada%20y%20blanqueo&optimize=20120723&publicinterface=true>>. Acesso em: 30 out. 2012.

ESTADOS UNIDOS. **Projeto de Lei. H.R. 4002**. (ih) - Criminal Code Improvement Act of 2015. Disponível em:

<<https://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?packageId=BILLS-114hr4002ih>>. Acesso em: 12 out. 2016.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Editorial Colex, 1998.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”. **Cuadernos de Política Criminal**, v. 65, p. 314, 1998.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina. **Política criminal y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

FLORIAN, Eugenio. **Trattato di diritto penale**: dei reati e delle pene in generale. 2. ed. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1910. v. 1. p. 314.

GLOBAL-TECH APPLIANCES, Inc. v. SEB S.A., 563 U.S. ____; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2016.

GORDON, Sheriff. **Criminal Law of Scotland**. 2nd ed. 1978.

GRECO, Luís. **Comentario al artículo de Ramón Ragués**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HASSEMER, Winfried. "Los elementos característicos del dolo". Trad. M.M. Díaz Pita. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, p. 917, 1990.

HELLMAN, Debora. Willfully Blind for Good Reason. **Criminal Law and Philosophy**, v. 3, p. 301-316, 2009.

HERMIDA, Julian. Convergence Of Civil Law And Common Law In The Criminal Theory Realm. **University of Miami International and Comparative Law Review**, v. 13, p. 206, 2006

HUERGO, María Victoria. **Reflexiones en torno de la doctrina de la willful blindness y su posible recepción en Argentina**. Disponível em: <<http://www.ciidpe.com.ar/area1/willful%20blindness%20Huergo.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2012.

HUSAK, D.; CALLENDER, C. Willful Ignorance, Knowledge, and the "Equal Culpability" Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality. **Wisconsin Law Review**, p. 29, 37, 39, 41, 42, 56-59, 1994.

INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. **The IMF and the fight against money laundering and the financing of terrorism**. Washington, 30 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/aml.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2012. Texto postado no hyperlink "About the IMF", no link "More resources: Factsheets: Financial system soundness".

INTERNATIONAL POLICE ORGANIZATION – INTERPOL. **Money laundering**. Lyon, 2012. Disponível em: <<http://www.interpol.int/Crime-areas/Financial-crime/Money-laundering>>. Acesso em: 30 out. 2011. Texto postado no hyperlink "crime areas", no link "Financial crime".

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LANGER, Máximo. 'From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure'. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. (1), Winter 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEARY v. United States, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>>. Acesso em: 11 maio 2016.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais**. São Paulo: Futura, 2001.

LIMA, Vinícius de Mello. **Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima**. Curitiba: Juruá, 2014.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro, F. Briguiet & C, 1899.

LUBAN, David. "Contrived Ignorance". **The Georgetown Law Journal**, v. 87, p. 968, 1999.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 419.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. 2. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1920. v. 1. p. 487.

MARCUS, Jonathan L. Model Penal Code Section 2.02 (7) and Willful Blindness. **The Yale Law Journal**, v. 102, n. 8, p. 2231-2257, 1993. Disponível em: <www.jstor.org/stable/796865>. Acesso em: 22 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1328-1331.

MENTAL STATES. Chapter 5, p. 22, 2001. Disponível em: <<http://www.ca3.uscourts.gov/criminaljury/Oct2011/Final%20update%20Chapter%205.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 2nd ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2005. p. 268-269.

MODEL PENAL CODE ANNOTATED. Disponível em: <<http://www.law-lib.utoronto.ca/bclc/crimweb/web1/mpc/mpc.html>>. Acesso em: 03 out. 2016.

MPC 129-30. (Tent. Draft No. 4, 1955). Disponível em: <<http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/criminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____ ; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**. Parte general. 2. ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 1996.

O'CONNOR, Vivienne. **Common Law and Civil Law Traditions**, p. 12, 17 February 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2665675>>. Acesso em: 22 set. 2016.

OLIVEIRA, William Terra. In: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVER, Keith. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos**. Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 43.

PERKINS, Rollin M. Knowledge as a Mens Rea Requirement. **Hastings LJ**, v. 29, p. 963, 965, 1977-1978.

PINILLA, Nilson Pinilla. **Observaciones sobre la propuesta de reforma a los delitos de lavado de activos y omisión de control**. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/106/cnt/cnt10.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

PRADO, Rodrigo Leite. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.) et al. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 282 e ss.

QUERALT, Joan J. **Código espanhol**. [S.l.] 4 out. 2003. Disponível em: <<http://www.juareztavares.com/textos/codigospanhol.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. La responsabilidad penal del testafarro en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. **InDret. Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, p. 20, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124290/172263>>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. **El Dolo Y Su Prueba En El Proceso Penal**. Barcelona: J.M.BOSCH, 2005.

_____. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. “Mejor no saber”, Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. *Discusiones XIII*, n. 13, v. 2, p. 11, 18, 30, 2013. ISSN 1515-7326.

RIO GRANDE DO SUL. TRF4, **ACR 5001945-68.2013.404.7004**, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Rachid de Oliveira, juntado aos autos em 25/02/2015.

_____. TRF4. **ACR 5002372-47.2013.404.7010**, OITAVA TURMA, Relator JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, juntado aos autos em 07/10/2016.

_____. TRF4. **ACR 5003520-79.2011.404.7005**, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 23/11/2016.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Direito penal econômico**: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBBINS, Ira P. The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. **The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)**, v. 81, n. 2, p. 12, 194-195, 203, 222, 231-234, 1990.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁNCHEZ, Carlos Aráquez. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SARCH, Alexander F. "Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law". **St. John's Law Review**, v. 88, n. 4. Article 4, p. 1043-1045, 2015.

SCHAFFER, Gregory. "Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints". **Law & Social Inquiry**, v. 37, l. 2, p. 229-264, Spring 2012.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal econômico**. Parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para a elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SESSANO, Camilo. Código penal italiano (vigente a 10 octubre 2002): libro primo. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Buenos Aires, [2012?]. Disponível em: <<http://www.juareztares.com/textos/codigoitaliano.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2012.

SOL, Inés Sandro. **La ignorancia deliberada del derecho penal**: ¿dolo o culpa? "La mejor manera de no saber, es no querer saber". Zabala: Universidad de Belgrano, 2012. p. 14. Disponível em: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/505_Sol.pdf>. Acesso em: 23 set. 2012.

SOLLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires: Editorial La Ley, tomo II, 1945.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei 9613/98. Curitiba: Juruá, 1999. p. 100. BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 46.

SPURR v. U.S., 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=174&invol=728>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal**. Parte General I. Navarra: Thomson Civitas.

STRECK, Lênio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo, p. 291, 301. In: DIMOULIS, Dimitri. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Novo CPC decreta a morte da lei**. Viva o common law! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUISSE. **Codice penale svizzero**: art. 305. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/311_0/a305bis.html>. Acesso em: 16 set. 2012.

_____. **Codice penale Svizzero**: crimes ou délits contre l'administration de la justice. Disponível em: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/311_0/a305ter.html>. Acesso em: 16 set. 2012.

TEUBNER, Gunter. **Legal Irritants**: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. v. 61, Mod. L. Rev. 11 (1998).

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

_____. V. BASS: 404 U.S. 336 (1971). **Justia U.S. Supreme**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. v. FOFANAH, No. 12–4617., September 02, 2014 - US 2nd Circuit. Disponível em: <<http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/12-4617/12-4617-2014-09-02.pdf?ts=1410919643>>. Acesso em 21 jan. 2015.

_____. v. Jewell 532 F.2d 697 (1976). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>>. Acesso em: 22 maio 2016.

_____. Court of Appeals. Third Circuit. **United States of America v. Wert Ruiz, Appellant**: nº 99-5332: Argued April. 24, 2000. September 09, 2010. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1401012.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. Court of Appeals. Third Circuit. **United States of America v. Richard Stadtmauer, Appellant**: nº 09-1575: Argued Nov. 17, 2009. September 09, 2010. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1537754.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

_____. **Sentencing Commission Guidelines Manual**. November 1, 2014, p. 507. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2016. p. 507.

_____. **Supreme Justia**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/336/case.html>>. Acesso em: 13 set. 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

WATSON, Alan. "Legal Change: Sources of Law and Legal Culture." **University of Pennsylvania Law Review**, v. 131, n. 5, p. 1147, 1983. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3311936>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Legal transplants and law reform. **Law Quarterly Review**, v. 92, p. 79, 1976.

WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luis. (Org.). **Lavagem de dinheiro**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. **Editorial Jurídica de Chile**, p. 77-78, 1993.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 34, 50, 52-53, 55.

WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law**: The General Part. 2nd ed. 1961.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.