

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GIOVANNI OLSSON

VALDIRA BARROS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Giovanni Olsson, Valdira Barros – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-524-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho (GT) DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I, do XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luis (MA), entre os dias 15 e 17 de novembro de 2017, na Universidade CEUMA (UNICEUMA) e na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), com o apoio de diversas instituições públicas e privadas.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, 17 trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

O Congresso, sediado em uma Cidade Patrimônio Cultural da Humanidade, teve como pano de fundo a temática “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”. A escolha merece ser tida como muita oportuna diante do cenário global construído nessa primeira década do Século XXI, com toda a sensível marca do processo de globalização pluridimensional, em que o futuro do Direito e da Democracia precisa ser posto em debate com seus limites e possibilidades no sistema de Justiça e suas instituições. O Estado nacional, até então modelo político-jurídico da Modernidade, vem sendo crescentemente desafiado no seu papel de articulador da regulação social por meio de normas jurídicas legítimas com seu papel de mediador das relações do poder por instrumentos de representação e de participação democrática. O Estado, veiculando o exercício de poder por normas jurídicas estabelecidas em razão do povo, precisa efetivamente merecer os atributos de “Democrático” e “de Direito”.

Os desafios, porém, são muito grandes. A afirmação da cidadania nas suas múltiplas faces e a construção compartilhada do desenvolvimento sustentável pluridimensional como projeto civilizatório, no marco, por exemplo, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, são realidades que precisam ser concretizadas e universalmente (con)vividas. Nesse contexto, a implementação dos direitos fundamentais nas relações sociais, do trabalho e empresariais, deve buscar garantir a sua efetividade resolvendo a colisão de direitos fundamentais, com fortalecimento da cidadania e do desenvolvimento social, ambiental e econômico, que só podem ser concretizados com reconhecimento, afirmação e respeito às diferenças entre os

indivíduos e entre todos os povos do mundo. Mais do que isso, esse desiderato será possível apenas se for efetivada a plena inclusão social de todos os segmentos marginalizados, seja por carências econômicas e sociais, seja mesmo pela alienação de oportunidades de cidadania no sentido pleno da palavra. Nesse particular, uma releitura crítica do sistema penal, nas suas diversas vertentes, mas sempre sob o atento olhar do farol constitucional, com seus direitos e garantias, é cada vez mais oportuna e relevante.

É nesse contexto complexo e desafiador que emerge a singular relevância dos trabalhos científicos debatidos no presente Grupo de Pesquisa. Aqui, direito material e direito processual interpenetram-se no emaranhado do sistema penal, desafiando suas matrizes histórico-sociológicas puramente repressivas, seus papéis por vezes contraditórios de seletividade social e econômica e a construção de seus discursos reforçados de dupla exclusão e, não raro, de desumanidade e violência pura em nome do Leviatã. É fundamental, nesta quadra da história, jogar luz sobre os cantos escuros do sistema penal e de sua(s) violência(s), pretensamente legítima(s) sob o monopólio do Estado-nacional, que, com suas próprias crises e contradições nas promessas descumpridas do projeto filosófico da Modernidade, assiste ao esboroamento da sua legitimidade e da suposta humanidade da retribuição-reinserção que alimentava a realidade (e o imaginário) de sua instituição milenar.

Há enormes dificuldades nesse caminho, com marcos teóricos dispersos, conceitos operacionais fragmentados e instrumentos normativos cuja deontologia discursiva, não raras vezes, é incapaz de esconder sua ontologia brutal, violenta e substancialmente desumana para corpos e mentes. O exercício das mais diversas formas de poder sobre os indivíduos, em nome do Estado, notadamente nas suas versões foucaultianas de poder disciplinar (ou poder anatomopolítico) e de poder biopolítico, demarca a importância de estudos aprofundados e atentos sobre os mais diversos aspectos da entrada e da saída dos indivíduos-cidadãos no sistema penal na sociedade contemporânea. O itinerário de exclusão social que tipifica os fatos puníveis em cada sistema, as variáveis endógenas e exógenas intervenientes nas escolhas político-legislativas que delimitam os tipos penais neste momento histórico, as (pre) condicionantes sociais, econômicas e políticas de persecução, a seletividade includente-excludente dos instrumentos e das instituições do aparato policial-judiciário, os pré-conceitos dos atores e operadores do sistema, as contradições dos valores alegadamente tutelados, a (in) efetividade sistêmica ou reversa dos procedimentos, e, em especial, os limites e possibilidades de cumprimento dos objetivos de todo o sistema para a sociedade, notadamente na promessa de (re)inclusão dos indivíduos, são algumas das principais questões que devem ser enfrentadas.

Mais do que isso, novos paradigmas devem ser construídos e foram propostos especificamente no Grupo de Trabalho, sendo certo que somente por intermédio da Ciência do Direito, com o olhar inter e transdisciplinar com a Psicologia, a Sociologia, a Economia, a Ciência Política e tantas outras áreas, é possível desenvolver as bases para uma reflexão densa e prospectiva sobre o Direito Penal e o Processo Penal à luz da Constituição e de seus valores fundantes, criando-se as bases para se cobrar dos atores sociais o exercício de seus papéis no Estado Democrático de Direito, que, mais do que nunca, é um Estado que dialoga com outros atores numa sociedade global em rede e na qual os fatos típicos cada vez mais transcendem os recortes territoriais. Olhar para fora do Estado-nação é hoje tão importante quanto olhar para dentro de seus fundamentos jurídico-políticos.

Nessa trilha, os trabalhos apresentados relacionam-se, de forma bastante direta, com os propósitos do presente Grupo, o que indica uma preocupação com a seleção de artigos que mantêm entre si afinidade científica, o que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões no GT.

A obra, em razão dos trabalhos apresentados, pode ser subdividida basicamente em dois blocos temáticos, mas necessariamente intercomplementares. O primeiro trata mais especificamente do Direito Penal, que, como direito substancial, abebera-se de intensos elementos das relações sociais e econômicas subjacentes, em que as diferenças de bens tutelados (vida, patrimônio, etc.) estabelecem ligações com tipificações penais e consequências totalmente distintas. O segundo trata com preponderância do Direito Processual Penal, que, em outra trilha e por seu caráter instrumental, possui interfaces na Teoria Geral do Processo e na performance dos atores centrais dentro das instituições do sistema, particularmente advogados, magistrados, policiais e membros do ministério público. Entretanto, essa distinção é meramente didática e aproximativa porque, a rigor, um direito material justifica-se e opera-se por seu direito processual correspondente, com o qual estabelece vínculos de organicidade materiais e especialmente simbólicos, como discursos e práticas jurídicas simétricas.

No âmbito do Direito Penal, e focados mais no seu caráter substancial e muitas vezes com suporte na Criminologia Crítica, podem ser elencados onze artigos, com ricas e instigantes contribuições à Academia Brasileira.

O POPULISMO PUNITIVO E O CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL, de Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti e Felix Araujo Neto, parte da constatação de que existe uma tendência retribucionista crescente, com a tipificação de diversas condutas e o recrudescimento das penas já existentes. Apesar do consenso sobre os efeitos

dessocializadores da prisão, a pena privativa de liberdade tem sido aplicada como aparente solução para conter a criminalidade. O artigo chama a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo, no Brasil, a prisão reproduz as imensas desigualdades econômicas de nosso país e é utilizada como instrumento jurídico para justificar a exclusão social das camadas mais pobres e marginalizadas da população.

A MIGRAÇÃO E CRIMINALIDADE: INCLUSÃO MARGINAL E COMENTÁRIOS AO ARTIGO 232-A INSERIDO PELA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO, redigido por Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak, enfrenta os pontos de contato entre o Direito Penal e Migração. Para tanto, o enfoque principal foi analisar a marginalização do migrante e, na sequência, analisar de forma detida o artigo 232-A inserido no Código Penal pela Lei 13.445/2017.

O USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS (INSIDER TRADING) NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO CONTEMPORÂNEO, de autoria de Vinicius Lacerda e Silva, propõe o debate, em meio à crise de ética que passa o País, de um dos crimes mais recorrentes no Direito Penal Econômico contemporâneo: o uso indevido de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários (insider trading). Para tanto, perpassa pela evolução deste sub-ramo do Direito Penal, seu conceito, suas características e a delimitação do bem jurídico tutelado. Por fim, registra a importância da defesa da eficiência desse mercado mediante o exercício da transparência no plano do Estado Democrático de Direito.

O artigo intitulado **ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO**, de Vilmar Rego Oliveira, parte do reconhecimento de que, atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Em **A FRAUDE COMETIDA POR MEIOS INFORMÁTICOS SOB O PRISMA DA VITIMODOGMÁTICA**, de Maria Auxiliadora de Almeida Minahim e Luíza Moura Costa Spínola, as autoras analisam a influência do comportamento da vítima na fraude cometida

pela Internet. Explicam os novos riscos criados pela popularização de dispositivos com acesso à Internet, bem como o conceito de crimes informáticos próprios e impróprios. Também analisam o comportamento da vítima como uma peça fundamental para a consumação do delito, e apontam para a necessidade de que, no uso da Internet, as pessoas adotem certas medidas de cuidado e, caso elas não sejam devidamente observadas pela vítima, pode haver uma diminuição da pena para o autor e, em casos extremos, gerar a atipicidade da conduta.

O artigo ASPECTOS DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PENAL DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de Marcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Carlos Alberto Simões de Tomaz, propõe-se a, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, analisar a proteção da liberdade religiosa em face do consenso estabelecido na Constituição brasileira de 1988, bem como a tutela penal dessa proteção. Para tanto, estabelece uma base compreensiva da dificuldade contramajoritária que envolve os conflitos sobre a matéria, decisivamente marcada por intolerância, e aponta a tutela penal pertinente que, de regra, não é efetivada quando a atenção se volta para o âmbito da esfera cível, circunstâncias que se apontam em conclusão.

A IMPUTABILIDADE PENAL E OS EFEITOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DAS INCONGRUÊNCIAS, de Lucas Helano Rocha Magalhães e Renata Albuquerque Lima, é o artigo submetido para o debate das peculiaridades do contorno da imputabilidade penal dessas pessoas. Os autores atentam que as alterações no Direito brasileiro decorrentes da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tiveram como objetivo consolidar os seus direitos civis. Entretanto, por omissão legislativa, somente ocorreram quanto à capacidade civil, ignorando seus reflexos em outros campos, provocando várias antinomias, em especial no direito penal, quanto à capacidade e à imputabilidade dos portadores de deficiências. Os autores propõem a realização de uma análise hermenêutica do tema, com base no método interpretativista de Dworkin, com o objetivo de delinear possíveis soluções para as antinomias.

OS DIREITOS SEXUAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, de Luanna Tomaz de Souza, traz ao debate essa relevante e sensível questão. O artigo busca analisar se a Lei 12.015/2009, que traz modificações ao Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes sexuais, tem contribuído para reconhecimento dos direitos sexuais das crianças e adolescentes. A hipótese inicial é que a Lei foi construída à revelia da compreensão da criança enquanto sujeito de direitos, avaliando-se que essa lei contribuiu para reafirmar uma lógica tutelar que ignora a dimensão de direitos das crianças e adolescentes.

O artigo A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DE SEUS MECANISMOS CARACTERÍSTICOS DE UM “DIREITO PENAL DO INIMIGO”, elaborado por Jordan Espíndola dos Santos e Antônio Sergio Cordeiro Piedade, traz o atualíssimo debate sobre o tratamento do terrorismo no sistema pátrio. O artigo visa analisar a Lei antiterrorismo brasileira, partindo da consideração de que alguns mecanismos nela positivados guardam semelhança com ditames do funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs, tais como a antecipação da tutela penal com tipificação de atos preparatórios e de tipos de perigo, e o uso de meios investigativos aprimorados e relativamente mais invasivos. O estudo, em síntese, busca compreender a legitimidade e adequação de alguns desses dispositivos característicos do chamado “Direito Penal do Inimigo” para a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos.

Em A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O CASO DE RAFAEL BRAGA COMO BODE EXPIATÓRIO DA POLÍTICA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, de Renan Daniel Trindade Dos Santos, o autor introduz o debate de um estudo de caso sobre os crimes de perigo abstrato. O trabalho considera que a expansão do direito penal tem feito com que se criem medos, que são comercializados cotidianamente, vindo à tona o fenômeno da criação dos crimes de perigo abstrato, sem bem jurídico específico a proteger. O autor atenta que, numa sociedade baseada na constante expansão dos sistemas punitivos, é inevitável que tal lógica não recaia sobre as populações vulnerabilizadas socialmente, tal como Rafael Braga, condenado por esta expansão dos crimes de perigo abstrato.

No artigo O PAPEL DO MUNICÍPIO DIANTE DO FENÔMENO DO ATO INFRACIONAL: DEMARCAÇÕES SOCIOJURÍDICAS A PARTIR DA LEI DO SINASE, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Valdira Barros, os autores revisitam o ato infracional como fenômeno na dimensão do Município. Os autores abordam especificamente o papel desempenhado pelos municípios para enfrentamento do fenômeno do ato infracional, partindo das inovações introduzidas pela Lei do SINASE. Baseado em revisão bibliográfica e pesquisa documental, demarca a fundamentação teórica e legal do sistema de controle do ato infracional no âmbito do ordenamento brasileiro, o contexto social de ocorrência do fenômeno, natureza dos atos infracionais praticados, perfil do adolescente autor de ato infracional, medidas de responsabilização previstas para os autores de ato infracional e por fim as inovações introduzidas pela Lei do SINASE quanto às competências dos municípios no tratamento da problemática do ato infracional.

O Direito Processual Penal, a seu turno, é o objeto destacado de outros seis trabalhos científicos apresentados e debatidos neste GT.

O PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA FICÇÃO JURÍDICA, de Roberto Vasconcelos da Gama, busca analisar o processo penal brasileiro a partir da construção do procedimento investigatório como uma ficção jurídica, e, com isso, contribuir com as discussões sobre o tema num estudo crítico sob enfoque dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. A sua leitura aponta que as decisões judiciais, em sua grande maioria, não vêm analisando os fatos apresentados na dialética processual.

A AÇÃO PENAL POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTROLE SOBRE A (NÃO) ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Mauro Fonseca Andrade, dispõe-se a analisar a viabilidade de inserção de ação penal popular no Brasil, em razão dos termos do Projeto de Lei nº 6.404/2016. Primeiramente, apresenta os termos e a justificativa do mencionado projeto, com o fim de situar o leitor na discussão travada, e, depois, aborda duas hipóteses de ajuizamento da ação, confrontando-as com a Constituição. Por fim, propõe uma alternativa à proposta de inserção da ação penal popular no Brasil, que não fere os postulados da Constituição Federal, mas não se mostra apta a solucionar os problemas que se pretende corrigir.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DE ENCARCERAMENTO é o título do trabalho apresentado por Anderson Rocha Rodrigues e Paulo Eduardo Elias Bernacchi. O artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, analisa a recém criada audiência de apresentação em curso nos diversos tribunais do Brasil, de lenta e demorada implementação, embora seja garantia fundamental do preso prevista em dois tratados internacionais

No artigo em que aborda o LIVRAMENTO CONDICIONAL, Alessandra Trevisan Ferreira introduz diversas considerações sobre os pressupostos normativos para a concessão pelos Tribunais, analisando criticamente os limites e possibilidades de sua efetiva implementação dentro do marco legal vigente no Processo Penal.

Em O STANDARD DA DÚVIDA RAZOÁVEL E A SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, de Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira, é tratada a questão de um standard concebido pelo direito anglo-americano chamado de “dúvida razoável”, especificamente pautado na ótica da doutrina do professor Larry Laudan.

Por fim, e no artigo A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL A PARTIR DA METODOLOGIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, de Simone Matos Rios Pinto, promove-se uma análise crítica da qualidade da resposta penal à infração penal. A autora destaca que a sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros

envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. O artigo sustenta que a pena deve ser o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo que se pode estabelecer quando se adota a metodologia restaurativa.

Como já exposto, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

A amplitude dos debates e das perguntas no GT demonstraram a importância dos temas levantados e apresentados por todos os pesquisadores e pesquisadoras deste Grupo, originados dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) de quase duas dezenas de Instituições de Ensino Superior de todo o país.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

São Luis, 17 de novembro de 2017.

Coordenadores:

Profa. Dra. Valdira Barros (Universidade CEUMA/Universidade Estadual do Maranhão, São Luís-MA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (Universidade Comunitária Regional, Chapecó-SC)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE
BRANQUEAMENTO DE CAPITAL NO SISTEMA JURÍDICO LUSO-BRASILEIRO.**

**RELEVANT ASPECTS ABOUT THE SUBJECTIVE ELEMENT OF THE MONEY
LAUNDERING CRIME IN THE LUSO-BRAZILIAN LEGAL SYSTEM.**

Vilmar Rego Oliveira

Resumo

Atualmente os ordenamentos jurídicos ocidentais têm atribuído grande importância aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. O presente artigo tem por finalidade analisar a controvérsia legal, doutrinária e jurisprudencial existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal no direito luso-brasileiro, aferindo seus postulados básicos, bem como verificar se seria prudente limitá-los ao dolo direto ou avançar e incluir também dolo eventual, cegueira deliberada ou determinado tipo de culpa, como já ocorrem em alguns países, avaliando os prós e os contra que devem ser sopesados no particular.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, Lavagem de capitais, Branqueamento de capitais. direito penal econômico

Abstract/Resumen/Résumé

Nowadays, the Western legal systems have assigned great value to the so-called postmodernity crimes, which includes money laundering. This article aims to insert a legal, doctrinary and jurisprudential analysis related to the existing controversy about the subjective elements of typifying these crimes according to Brazilian law, verifying their basic postulates, as well as evaluating if it would be prudent limiting them to the intent, or even including fraud, deliberate blindness or a particular type of guilt, as already occurs in some countries, evaluating the pros and cons that must be weighed in particular circumstances.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Money laundering, Crime for the laundering, Criminal law

INTRODUÇÃO

Considerando a importância que modernamente se tem atribuído aos denominados crimes da pós-modernidade, entre os quais se insere a lavagem de dinheiro, essa pesquisa tem por finalidade analisar a controvérsia legal e doutrinária existente sobre os elementos subjetivos dessa tipificação penal, aferindo seus postulados básicos, bem como qual teoria rege essa tipificação no direito luso-brasileiro, na medida em que se percebe ampla discussão em se definir os limites desse elemento, ou seja, se inclui apenas o dolo direto como defende alguns ou se seria possível incluir também o dolo eventual ou mesmo determinado tipo de culpa, fazendo-se ainda um rápida incursão nos postulados da teoria da cegueira deliberada e sua possível aplicação como instituto autônomo ou mesmo como o expressão de extensão do denominado dolo eventual.

Em resumo, pretende-se responder à seguinte pergunta, é viável o elastecimento do elemento subjetivo do tipo de penal lavagem de dinheiro para alcançar outras manifestação além do dolo direto? Quais são os prós e os contra que devem ser sopesados ao se restringir ou estender esses elementos?

A pesquisa será feita não só observando as disposições legais, mas também a controvérsia doutrinária e, quando possível, o entendimento fixados pelos tribunais em ambos os países.

1. CONCEITO / DEFINIÇÃO

O estudo de qualquer instituto na seara das ciências jurídicas demanda, inicialmente, a correta compreensão do significado e dos elementos que o integram. Somente com esse domínio cognitivo se torna possível particularizar o estudo e distingui-lo dos demais institutos que a ele se assemelham.

Isso se torna possível por intermédio de uma conceituação ou definição prévia, elementos esses que podem vir expressos em determinado diploma legal, formulação teórica elaborada pela doutrina ou mesmo em decisões de tribunais consolidadas em sua jurisprudência.

No campo conceitual, tem-se observado divergência quanto à equivalência ou não dos termos õconceitoõ e õdefiniçãoõ. Há autores que partem da premissa de que as palavras são sinônimas e ainda outros que concluem pela distinção entre ambas.

Nesse sentido, vale lembrar as palavras do professor Alessandro Knaesel Arrabal¹:

“Pode-se dizer que a diferença entre Definição e Conceito está na maneira como reconhecemos o **sentido das coisas do mundo** [1] Para estabelecer **uma definição** do objeto [...], parte-se do pressuposto que ele é constituído de uma substância com características únicas (uma natureza), a qual pode ser identificada e permite estabelecer a diferença entre o objeto [...] de os demais objetos do mundo. O objeto (ente) é, portanto, dotado de uma **essência** que, ao ser descoberta, possibilita: a) estabelecer sua diferenciação com outros entes do mundo; b) afirmar universalmente que todo o ente que contenha uma essência de caneta será, sem dúvida, uma caneta. Esta perspectiva é adotada pelo empirismo tradicional.

Por outro lado, ao estabelecer um **conceito** do objeto (caneta), parte-se do pressuposto que ele não é dotado de uma essência. Seu ser não é determinado por atributos substanciais e universais, mas por sua relação com inúmeras variáveis de um dado **ambiente** (contexto) no qual ele está inserido (usos, costumes, possibilidades técnicas, etc.). *O ser da caneta é constituído a partir de sua existência no mundo.* A palavra (conceito) deriva do latim *conceptus* que significa o que está contido, está dentro. Nesta perspectiva, o sentido não decorre de fatores exclusivamente endógenos, mas da interdependência do "ente" em relação a um dado meio. Trata-se de um olhar contextual. Esta perspectiva é adotada pela fenomenologia, pelo existencialismo e pela teoria dos sistemas.

Para o professor Alessandro, portanto, a diferença entre os termos definição e conceito consiste no fato de que o primeiro aborda os elementos essenciais de determinado instituto que o distingue dos demais, ao passo que conceito seria influenciado por elementos externo, entre os quais o meio ou o contexto em que ele foi empregado.

¹ARRABAL, Alessandro Knaesel. A Diferença entre Definição e Conceito [Em linha] <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-e-conceito.html>, em 09/09/2016, as 10h. O autor utiliza o objeto (caneta) para ilustrar sua argumentação

No mesmo sentido, para Maurício Godinho Delgado², a definição de um fenómeno consiste na actividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexo lógico que os mantém integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenómeno, com seus elementos integrantes e o vínculo que os preserva unidos.

Assim sendo, embora seja controvertida a efetiva distinção semântica entre conceito e definição, essa discussão não é meramente académica e/ou desprovida de interesse no estudo de institutos jurídicos, porquanto sabe-se que o direito, como ciência social, tende a seguir a evolução dos valores da sociedade a que pretende regulamentar. Ademais, somente após fixar os contornos conceituais dos institutos que se pretende analisar nessa pesquisa se poderá efetivamente rastrear seu histórico e disciplina em determinado ordenamento jurídico.

Não por outra razão, diversas leis trazem em seu bojo o entendimento que o legislador pretende dar ao disciplinar determinado instituto jurídico.

Para fins da pesquisa que ora se propõe, ou seja, a análise dos elementos subjetivos que integram o instituto da lavagem de dinheiro ou branqueamento de capital no ordenamento jurídico luso-brasileiro, faz-se necessário inicialmente lembrar a conceituação do que venha a ser lavagem de dinheiro, dolo direto e eventual, bem como culpa grave, consciente e temerária e, ainda, a denominada cegueira deliberada.

Para o legislador brasileiro, o crime de lavagem de dinheiro se configura quando alguém pratica ato para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indirectamente, de infração penal.³

Já o legislador Português conceitua o branqueamento de capital no art. 368 de seu código Penal.⁴

² DELGADO, Maurício Godinho *o* Curso de Direito do Trabalho, p. 51.

³ *o* Art. 1º da lei 9.316/98, com a redação dada pela lei redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012.

⁴ Art. 468 do Código Penal Português: *o* 2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.
3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

Quanto ao dolo, a doutrina o conceitua como sendo ãa consciências e a vontade de realização da conduta típica. Compreende o conhecimento do fato e a vontade de realizar a ação, abrangendo não só os resultados visados pelo agente, como também os meios utilizados e as consequências secundárias da conduta.ö⁵

Mirabete ainda distingue o dolo direto do eventual, afirmando que no primeiro o agente quer o resultado, enquanto no dolo eventual o autor não quer especificamente o resultado, mas conscientemente o aceita como possível.⁶

No que tange à culpa, ela pode ser consciente ou inconsciente. Será inconsciente quando ela é sem previsão, ou seja, o agente não prevê que o resultado era previsível. Já a culpa consciente é aquela em que o autor prevê o resultado, mas não o aceita.⁷

É possível classificar a culpa, ainda, em grave, leve e levíssima, embora não seja elemento a ser considerado para fixação da pena em abstrato, devendo, contudo o julgador utilizá-lo na dosagem da pena,⁸ levando em consideração se o agente tinha maior ou menor possibilidade de previsão do resultado ou se observou ou não o cuidado necessário.⁹ Assim sendo, o grau da culpa dependerá das condições de previsibilidade de ocorrência do resultado decorrente de sua ação ou omissão.

A doutrina tem diferenciado a culpa consciente do dolo eventual. Nesse sentido, Damásio de Jesus diferencia esses institutos nos seguintes termos:ö A culpa consciente se diferencia do dolo eventual. Neste, o agente tolera a produção do resultado, o evento lhe é indiferente, tanto faz que ocorra ou não. Ele assume o risco de produzi-lo. Na culpa consciente, ao contrário, o agente não quer o resultado, não assume o risco de produzi-lo nem ele lhe é tolerável ou indiferente. O evento lhe é representado (previsto), mas confia em sua não produção.ö¹⁰

Miguel Reale Júnior distingue culpa consciente de dolo eventual nos seguintes termos: ãNo dolo eventual, une-se o assentimento à assunção do risco, a partir da posição do agente que confia que pode ocorrer o resultado e assim mesmo age. Na culpa consciente, assoma ao espírito

⁵ MIRABETE, Julio Fabrini ó Manual de Direito Penal, p. 45.

⁶ Idem ó ibidem.

⁷ CAPEZ, Fernando ó Curso de Direito Penal, volume 1, Parte Geral, p. 229.

⁸ Idem, p. 232.

⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio ó Manual de Direito Penal, p. 115.

¹⁰ JESUS, Damásio E. de, Comentário ao Código Penal, Parte Geral, p. 328.

do agente a possibilidade de causação do resultado, mas confia ele que este resultado não sucederá.¹¹

Feitas essas considerações iniciais gerais, passa-se à análise específica dos elementos subjetivo no crime de lavagem de dinheiro.

2. DELIMITAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 DA CULPA EM SUA DIVERSAS MODALIDADES

De forma geral, tanto em Portugal quanto no Brasil a doutrina e a jurisprudência tem negado a possibilidade de se admitir a configuração do crime de branqueamento de capital apenas com base no elemento subjetivo culpa, isso porque a legislação, da forma como posta atualmente, exige a existência do dolo, havendo, contudo, controvérsia se é necessário a demonstração de dolo direto ou se seria suficiente apenas a modalidade indireta ou eventual.

Não obstante, faz-se necessária a análise do elemento culpa, tendo em vista que as legislações luso-brasileiras podem eventualmente mudar, bem como porque outros países, a exemplo da Alemanha, Espanha, Suíça, Chile e etc., inseriram em seus ordenamentos jurídicos algumas modalidades de culpa como elemento normativo suficiente para caracterizar o branqueamento de capital. Assim sendo, julgo ser de bom alvitre apreciar também essa particularidade.

Embora os normativos internacionais tenham inicialmente exigido o elemento doloso para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, Jennifer Cristina observa que a Convenção do Conselho da Europa, na Convenção de Estrasburgo, de 8 de novembro de 1990, passou a admitir também que os estados-membros fixassem em seus ordenamentos internos a possibilidade de exigir, para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, apenas o elemento culpa¹².

Seguindo essa orientação, o art. 301.3 do Código Penal Espanhol prevê a possibilidade de consumação do crime de branqueamento de capital na modalidade de culpa grave. Seguindo os mesmos passos, a Alemanha também positivou a figura culposa da lavagem de dinheiro, como

¹¹ REALE JÚNIOR, Miguel ó Instituições de Direito Penal, Parte Geral, p. 241.

¹² BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk ó **Lavagem de Dinheiro: Estudo Crítico da Tipificação da Modalidade Culposa**, p. 435.

base da culpa temerária, que seria uma equivalente da culpa grave espanhola. Diversas críticas se tem levantado a essa modalidade delitiva, entre as quais se podem citar: violação ao princípio da presunção de inocência e da intervenção mínima do direito penal, possibilidade de incriminação automática, entre outros.

Contrário à possibilidade de modalidade culposa, se posiciona Rogério Filippetto, para quem não existe esse tipo penal, senão por difícil concepção teórica da alternativa, por falta de disposição expressa nesse sentido.¹³

Há ainda quem entenda que a criminalização da lavagem de dinheiro na modalidade culposa não teria justificativa, tendo em vista que seria um excesso e poderia ferir o princípio da intervenção mínima do Direito Penal.¹⁴

Ao que parece, todas as objeções acima citadas quanto à rejeição da modalidade culposa para a lavagem de dinheiro fazem sentido apenas se for considerado apenas a ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Entretanto, superado esse obstáculo e se forem considerados apenas aspectos gerais, parece-nos que a maioria dessas dificuldades podem ser superadas.

É fato que no Brasil há diversos crimes em que se penaliza a conduta apenas culposa, embora essa modalidade seja excetiva à luz do ordenamento jurídico atual, conforme art. 18 do Código Penal.

Salvo melhor juízo, se o reconhecimento de lavagem de dinheiro culposa violasse os princípios da presunção de inocência, da intervenção mínima do Direito Penal ou mesmo da dignidade da pessoa humana, teríamos forçosamente que se reconhecer que tais princípios seriam igualmente vulnerados nos demais tipos penais culposos consagrados no nosso ordenamento jurídico, na medida em que em todos eles, de alguma forma, teriam o mesmo potencial lesivo a tais princípios.

Pode ser verdade a objeção de que a adoção da modalidade culposa do branqueamento de capitais seria um reconhecimento de que se tem dificuldade em se apurar o dolo em certas circunstâncias. Entretanto, admitir esse fato não o torna ilegal, pelo contrário, se busca punir uma conduta que a sociedade considera reprovável e que deve ser evitada. Constatar-se a dificuldade

¹³ FILIPPETTO, Rogério - Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pré-modernidade, p. 166.

¹⁴ SANCHEZ apud FILIPPETTO, Rogério - Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade, p. 166.

de provar a intenção do autor não torna a conduta menos reprovável ou mesmo menos danosa, não nos parecendo razoável achar que apenas no caso em análise não se possa estender a modalidade culposa, como o próprio ordenamento jurídico vigente já o adota em outras figuras típicas.

É desejoso que os meios de fiscalização administrativa se tornem tão hábeis que em um determinado momento se torne desnecessária a intervenção do direito penal, mas enquanto isso não ocorre, não nos parece coerente ignorar a possibilidade ou mesmo a necessidade de essa atividade ser penalmente imputável.

Por último, vale ressaltar que a criminalização culposa não equivale a condenação automática ou mesmo inversão do ônus da prova, desde que se fixe critérios e conceitos claros, entre outros, sobre que tipo de culpa será penalmente punível, para que não deixe ao arbítrio do julgador e acabe por gerar controvérsias intermináveis no campo doutrinário.

2.2 DO DOLO DIRETO

No ordenamento jurídico brasileiro a regra é que os crimes só são puníveis quando praticado como dolo. Nesse sentido, o art. 18 do Código Penal Brasileiro consagra o entendimento no sentido de que configura dolo quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, deixando claro, ainda, que, salvo exceções, ninguém será condenado senão quando pratica o delito de forma dolosa.¹⁵

É unânime na doutrina pátria que a parte inicial, ou seja, a expressão õquando o agente quis o resultadoõ corresponde ao dolo direto.

Especificamente quanto ao crime de branqueamento de capital, a lei brasileira não é expressa quanto à forma de dolo como elemento do tipo, razão pela qual tem surgido relevantes debates doutrinários e até mesmo jurisdicional.

¹⁵ õArt. 18. - Diz-se o crime: Crime doloso I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Gustavo e Pierpaolo¹⁶ partem da premissa que somente é cabível o dolo direto, apresentando obstáculos a extensão para a aplicação do dolo eventual, sendo um de caráter normativo e outro de política criminal.

Em relação ao elemento normativo, observa que a lei não faz menção expressa admitindo o dolo eventual, como faz com outras modalidades delitivas, a exemplo do que se passa com o art. 130 do Código Penal, ou seja, se não consta a expressão *deve saber* é porque a pretensão do legislador seria apenas incluir o dolo direto.

No que tange à política criminal, os mesmos autores entendem que se aumentaria a responsabilidade do cidadão em produzir a prova ao passo que restringe o dever do Estado.

No mesmo sentido, Milliano Terra de Oliveira expressa seu entendimento no sentido de que o autor somente poderá ser responsabilizado se tiver a consciência de que está ocultando ou dissimulando dinheiro *em todas as operações que realize deve saber, ou ao menos admitir que pratica ou concorre para a prática de lavagem de dinheiro.*¹⁷

Um dos mais ferrenhos defensores entre nós de que o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro seja apenas o dolo direto é Marco Antonio de Barros. Em diversos livros e artigos ele tem defendido essa tese.

Ele sintetiza seu entendimento afirmando: *a demarcação do elemento subjetivo é de suma importância no plano de responsabilização do crime de lavagem... terá cabimento a imputação penal subjetiva do agente somente quando se caracterizar a conduta compatível como o dolo direto, isto é, aquele em que o indivíduo tem conhecimento do fato que quer realizar, e que, por sua vontade o realiza.*¹⁸

Ele justifica seu entendimento por entender que a ciência prévia ou ação consciente por parte do autor no sentido de que o bem é oriundo de ação ilícita é uma elementar do tipo.

O autor ainda mantém esse entendimento, não obstante reconheça que isso pode livrar das responsabilidades quem tenha colaborado com a prática do crime. Fundamenta essa posição por entender ser esse é o preço que se deve pagar para não incorrer no risco de condenar um

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, BOTTINI, Pierpaolo Cruz *ó Lavagem de Dinheiro*, p. 96.

¹⁷ WILLIAM, Terra de Oliveira *ó Lei de Lavagem de Dinheiro*, p. 327.

¹⁸ BARROS, Marco Antonio de *ó Lavagem de Capitais*, p. 61

inocente. Conclui afirmando que o agente deve ter ciência prévia da origem ilícita do bem e ainda a possibilidade de entender que está praticando a conduta prevista em lei como típica.¹⁹

De forma geral, todos os doutrinadores pesquisados reconhecem que o dolo direto é elementar do tipo penal de lavagem de dinheiro, havendo divergência em se admitir também o dolo eventual ou mesmo a culpa.

Nesse sentido, passa-se à análise da possibilidade da adoção do dolo eventual como elementos subjetivo suficiente para a concretização do crime de lavagem de dinheiro.

2.3 DO DOLO EVENTUAL / CEGUEIRA DELIBERADA

Ao contrário do que ocorre com o dolo direto em que há unanimidade doutrinária, o mesmo não se dá em relação ao dolo eventual.

Em linhas gerais, o dolo eventual se configura quando o agente devia saber que o bem é produto de um ilícito penal, mas, mesmo assim, ignora essas circunstâncias e pratica qualquer uma das condutas descritas no tipo penal como elementar do crime de branqueamento de capitais.

Rogério Filippetto informa que a admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro é uma tendência internacional, para o caso em que o agente teria condições de suspeitar da origem do bem.²⁰

Há quem negue por completo a possibilidade de ocorrer lavagem de dinheiro como base em dolo eventual,²¹ outros que o admitem apenas em situações específicas, como ocorre com o garante.²²

Marco Antônio apresenta diversas objeções, entre as quais podem ser citadas: a lei exige ciência prévia e ação consciente além do fato de que a condenação com suporte no dolo eventual equivaleria a condenação por presunção.²³

Alguns defendem a adoção do dolo eventual apenas de forma limitada. Nesse sentido, Filippetto admite a possibilidade de o dolo eventual ser elementos subjetivo dessa modalidade

¹⁹ Idem, p.66-67.

²⁰ FILIPPETTO, Rogério - Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade, p. 165.

²¹ BARROS, Marco Antonio de ó Lavagem de Capitais, p. 61

²² WILLIAM, Terra de Oliveira ó Lei de Lavagem de Dinheiro, p. 328.

²³ BARROS, Marco Antonio de ó Lavagem de ativos: Dolo Direito e inaplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada, p.238

criminosa, não obstante concluir que seria de difícil configuração, além do fato de ser igualmente difícil distingui-lo da culpa consciente.²⁴

Embora haja quem negue totalmente a possibilidade de condenação em caso de dolo eventual e outros que o admitem apenas parcialmente, parte considerável da doutrina vem entendendo que o dolo eventual é perfeitamente admissível, entre os quais se inserem Sérgio Moro²⁵, Juiz condutor da operação denominada no Brasil de Lava Jato, para quem a lei exige apenas a consciência do crime anterior e não as suas peculiaridades. Esse autor argumenta que a lei exige apenas o dolo genérico, não excluindo, portanto, o eventual, além do fato de que a exposição de motivos assegura expressamente essa modalidade delitiva.

A corrente dos que defendem o dolo eventual como elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro no Brasil ganhou força, após as recentes alterações legislativas, que não mais contém a expressão *que sabem serem*, que constava na redação originária da Lei 9.613/98.²⁶

Surge, contudo, outra discussão de não menos relevância sobre esse tema, qual seja, saber se além do dolo eventual seria aplicável também a teoria da cegueira deliberada.

A cegueira deliberada é um instituto originário do sistema *common law*, tendo o primeiro julgado ocorrido em 1861 e tem aplicabilidade nas hipóteses de responsabilização do agente, que, podendo aprofundar seu conhecimento sobre determinados fatos, prefere manter-se cego.²⁷

Para a configuração da cegueira deliberada seriam necessários: o conhecimento de elevada probabilidade de que o bem antecedente provém de ilícito penal; e escolha voluntária do agente em permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos²⁸. Sendo certo, ainda, que a recusa em obter esse conhecimento deve ser voluntária. Sergio Moro ainda chama a atenção que,

²⁴ FILIPPETTO, Rogério - Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade, p. 164 e 166.

²⁵ MORO, Sergio Fernando *ó* Sobre o Elemento Subjetivo no Crime de Lavagem, p. 96.

²⁶ Lei 9613/98, art. 1º, *õ*§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo (antiga redação); I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Atual redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).*õ*

²⁷ CAVALI, Marcelo *ó* Apud MARTINS, Luíza Farias - A doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas, p. 137.

²⁸ MARTINS, Luíza Farias - A doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas, p. 151.

segundo a jurisprudência americana sobre o tema, o agente age indiferente em relação a obter o conhecimento.²⁹

Marco Antonio esboça seu entendimento no sentido de que a cegueira voluntária õbusca atribuir responsabilização penal àquele que, presumivelmente, estando diante de uma conduta possivelmente ilícita, se autocoloca em situação de ignorância, evitando todo e qualquer mecanismo apto a conceder-lhe maior grau de certeza quanto à potencial antijuridicidadeõ.³⁰

Quanto à natureza jurídica da cegueira deliberada há autores que defendem que a expressão é sinônima de dolo eventual, enquanto outros creditam isso a um terceiro gênero de dolo, ao lado do dolo e do eventual.³¹

Marco Antonio nega por completo a possibilidade de equiparação entre dolo eventual e cegueira voluntária.³²

Bottini-Badaró, por outro lado, em posicionamento menos radical, reconhece que os institutos não são sinônimos, mas admitem que podem ser equivalentes se observados os seguintes parâmetros: criação consciente e voluntária de barreiras que evitem o conhecimento de indícios sobre a proveniência ilícita de bens e que a criação dessas barreiras facilitará o cometimento do crime de lavagem de dinheiro.³³

Quanto à possibilidade de aplicação da teoria da cegueira voluntária no nosso ordenamento jurídico, Moro defende sua aplicação, por entender que ela se assemelha ao dolo eventual, encontrando previsão genérica no art. 18 do Código Penal Brasileiro e a falta de previsão expressa na Lei da lavagem de dinheiro excluindo o dolo eventual.³⁴

Em sentido contrário, Renato Melo nega a aplicação da cegueira voluntária, primeiro afirmando que, se ela equivale ao dolo eventual não haveria necessidade de se recorrer àquele instituto e, segundo, se são distintos, não poderia ser aplicada por expressa vedação legal que exige a presença de dolo.³⁵

²⁹MORO, Sergio Fernando ó Sobre o Elemento Subjetivo no Crime de Lavagem, p. 100

³⁰BARROS, Marco Antonio de ó Lavagem de capitais, p.68

³¹MARTINS, Luíza Farias - A doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas, p. 139.

³²BARROS, Marco Antonio de ó Lavagem de capitais, p.69

³³BADARÓ, Gustavo Henrique, BOTTINI, Pierpaolo Cruz ó Lavagem de Dinheiro, p. 98.

³⁴Op. Cit. p. 100.

³⁵SILVEIRA, Renato de Mello Jorge ó aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato.

No campo jurisprudencial colhem-se julgados também admitindo a possibilidade tanto do dolo eventual quanto da cegueira deliberada, a exemplo dos fundamentos lançados por diversos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ação penal 470, conhecida entre nós brasileiro como o *omensalão*. Vale ressaltar que outros ministros no julgamento da mesma ação se posicionaram em sentido contrário até mesmo sobre a admissibilidade do dolo eventual.³⁶

Também em Portugal a matéria entra dissenso quanto a adoção ou não do dolo eventual.

Nesse sentido, Jorge Duarte³⁷ admite tanto o dolo direto quanto o eventual, enquanto Jorge Godinho não admite o dolo eventual.³⁸

A seguinte transcrição de parte do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça Português demonstra bem a controvérsia existente em Portugal sobre a matéria: *“A exigência do conhecimento por parte do agente da proveniência criminosa dos bens ou produtos sobre os quais, ou em relação aos quais actua, deve ser entendida como abrangendo o dolo típico em todas as suas formas, incluído o dolo eventual. (Assim, Jorge Duarte, Luís Silva Pereira, Vitalino Canas, Victor Sá Pereira e Alexandre Lafayette, Miguez Garcia e Castela Rio. Contra, Faria Costa, Jorge Godinho)”*.³⁹

CONCLUSÃO

No início dessa pesquisa se pretendia uma análise dos aspectos controvertidos quanto ao elemento subjetivo da lavagem de dinheiro no sistema jurídico luso-brasileiro.

Após análise tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial, é possível afirmar que ao contrário do que ocorre em outros países como Espanha e Alemanha que já admitem a punibilidade do crime de branqueamento de capitais como base no elemento subjetivo culpa, tanto no Brasil quanto em Portugal admite-se expressamente apenas o dolo direto ou necessário, havendo, ainda, controvérsia quanto à possibilidade de se estender esse limite para alcançar também o dolo eventual.

³⁶ Para uma análise mais completa sobre o posicionamento de cada ministro naquele julgado, ver BARROS, Marco Antonio de *ó Lavagem de ativos: Dolo Direto e inaplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada*, p. 250-253

³⁷ Duarte, Jorge Dias, *ob. cit.*, pág. 145 a 153.

³⁸ Godinho, Jorge - *Do Crime de Branqueamento de Capitais*, Estudos de Direito Bancário. p. 215.

³⁹ STJ- 14/07.0TRLSB.S1, 3ª SECCÃO, Relator RAUL BORGES, em 11/06/2014.

Verificou-se ainda intensa divergência não só quanto à aplicação da denominada Cegueira Deliberada, mas também a dificuldade de se encontrar uma pacífica definição para esse instituto, bem como aferir sua natureza jurídica, havendo quem fundamentadamente a diferencie do dolo eventual, outros doutrinadores entendem que ambos os institutos se equiparam em algumas circunstâncias, enquanto há ainda quem entenda ser a cegueira deliberada apenas uma espécie do dolo eventual.

Por último, conclui-se que diante das inúmeras correntes doutrinárias, a matéria atinente aos elementos subjetivos do branqueamento de capitais continua a exigir futuras reflexões dos operadores do direito e, principalmente, dos legisladores na definição de qual será o melhor método a ser adotado e que melhor preserve os valores da sociedade.

Parece-nos, contudo, que diante da sofisticação cada vez maior das sociedades criminosas, que se especializam no branqueamento de capitais, a punibilidade apenas quando houver efetiva prova de dolo direito deixaria uma gama enorme de criminosos impunes, razão pela qual diversos sistemas jurídicos não só já evoluíram para criminalizar também por dolo eventual, mas já chegaram ao ponto de se admitir até mesmo a culpa como elemento desse tipo penal.

BIBLIOGRAFIA

ANDREUCCI, Ricardo Antonio ó **Manual de Direito Penal**, 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21989-2

ARRABAL, Alessandro Knaesel ó **Diferença entre Definição e Conceito** [Em linha] <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-conceito.htm>.

BADARÓ, Gustavo Henrique, BOTTINI, Pierpaolo Cruz ó **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012. ISBN 978-85-203-4467-5.

BADARÓ, Jennifer Cristina Ariandne Falk ó **Lavagem de Dinheiro: Estudo Crítico da Tipificação da Modalidade Culposa**. In **Direito Penal Econômico ó Questões Atuais**, São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011. ISBN 978.85.203-3273-3. p. 427-464.

BARROS, Marco Antonio de ó **Lavagem de Capitais: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas**, 5ª Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

BARROS, Marco Antonio de ó **Lavagem de ativos: Dolo Direito e inaplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada**. São Paulo: Revista dos Tribunais 957, ano 104, jul 2015, p. 203-2056.

CAPEZ, Fernando ó **Curso de Direito Penal**, volume 1, Parte Geral, 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-61843-5

DELGADO, Maurício Godinho ó **Curso de Direito do Trabalho**, 2ª ed., São Paulo: LTR, 2003.

DUARTE, JORGE DIAS ó **Branqueamento de Capitais e Injusto Penal, Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira**. Lisboa: Juruá Editorial, 2010.

FILIPPETTO, Rogério - **Lavagem de Dinheiro: Crime econômico da pré-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GODINHO, Jorge - **Do Crime de Branqueamento de Capitais, Estudos de Direito Bancário**. FDUL Coimbra Editora, 1990;

JESUS, Damásio E. de ó **Comentário ao Código Penal, Parte Geral**, Vol. 1, 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARTINS, Luíza Farias - **A doutrina da Cegueira Deliberada na Lavagem de Dinheiro: Aprofundamento Dogmático e Implicações Práticas**. São Paulo: Revista de Estudos Criminais ó Ano XII, nº 55. P. 130-150.

MIRABETE, Julio Fabrini ó **Manual de Direito Penal, Parte Especial**, Vol. 2, 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORO, Sergio Fernando ó **Sobre o Elemento Subjetivo no Crime de Lavagem**. In **Lavagem de Dinheiro: Comentários à lei pelos Juízes das Varas Especializadas em Homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Libreria do Advogado Editora, 2007. ISBN 978.85.-7348-842-3. p. 91-111.

RAÚL, Cervini, WILLIAM, Terra de Oliveira, GOMES, Luiz Flávio ó **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. ISBN 85-203-1665-5.

REALE JÚNIOR, Miguel ó **Instituições de Direito Penal, Parte Geral**, 4ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012. ISBN 978-85-309-4513-8

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge ó **Aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, agosto de 2016.