



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA COMPATIBILIDADE COM ILÍCITOS
ECONÔMICO-FINANCEIROS

Diego Ribeiro Guimarães da Silva

Rio de Janeiro
2019

DIEGO RIBEIRO GUIMARÃES DA SILVA

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA COMPATIBILIDADE COM ILÍCITOS
ECONÔMICO-FINANCEIROS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Mônica Areal

Rio de Janeiro
2019

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E SUA COMPATIBILIDADE COM ILÍCITOS ECONÔMICO-FINANCEIROS

Diego Ribeiro Guimarães da Silva

Graduado pela Universidade Candido Mendes

Resumo A teoria da cegueira deliberada é uma modalidade de responsabilização penal que, passando ao largo de entendimento uníssono, é lançada pela doutrina como ora viável, por se adequar ao dolo eventual, e ora inviável, por representar modalidade de responsabilização objetiva. Não deve ser desprezado o fato de que tal teoria tem sido paulatinamente implantada pelos órgãos competentes. É nesse contexto que o trabalho se imiscui como medida instrumental para operadores de direito, já que subsidia de meios jurídicos com a doutrina especializada da área - abarcando entendimentos da melhor jurisprudência dos tribunais superiores. Diante do incontornável debate, o presente trabalho busca exaurir pesquisa no sentido de sua aplicação no bojo dos delitos de ordem econômico-financeiros, mormente no cenário nacional.

Palavras-chave Direito Penal. Ilícito Contra a Ordem Econômico-Financeira. Possibilidade de Responsabilização conforme a indigitada teoria.

Sumário Introdução. 1. Visão anacrônica do gestor que desencadeia na cegueira. 2. Divergências acerca da aplicação do instituto. 3. Viabilidade gravitante da teoria da cegueira deliberada sobre delitos de tal natureza. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz alusão ao debate doutrinário travado, precipuamente, na seara penal. Trata-se, em verdade, de enfoque preciso na aplicação do postulado da Cegueira Deliberada no contexto de delitos tipificados sob a ótica econômico-financeira.

Com esse intuito, pretende-se trazer à baila construções tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, com escopo de firmar tese que se coadune com a sistemática jurídica pátria. Merece ressaltar, pela controvérsia do instituto, que a edificação do trabalho perpassará, necessariamente, pelo crivo da inafastável observância dos direitos e garantias fundamentais, decorrentes da Carta Política de 1988.

Acerca do Teoria da Cegueira Deliberada, e no afã do conhecimento mais ajustado, pertinente é a linha de pensamento da doutrina, que tece no sentido de que a auto colocação a uma situação de cegueira é mais comum do que se imagina, pois, frequentemente, os

indivíduos ignoram o óbvio em seu cotidiano, sobretudo nas relações sociais, empresariais e entre advogado e cliente, com a finalidade de se isentarem de certos ônus da vida em coletividade.

O objeto de incontornável debate doutrinário gravita em torno da inviabilidade da responsabilidade objetiva, carecendo de elemento subjetivo.

Logo, deve ser compreendido sob dois aspectos: o cognitivo, que traduz o conhecimento dos elementos objetivos do tipo, e o volitivo, configurado pela vontade de realizar a conduta típica. Sendo que a mera possibilidade de conhecimento, o chamado conhecimento potencial, não basta para caracterizar o elemento cognitivo do dolo.

O dolo, indubitavelmente, não desborda com a vontade de produzir o resultado. Também há dolo na conduta de quem, após prever e estar ciente de que pode provocar o resultado, assume o risco de produzi-lo (dolo eventual). A cegueira deliberada apenas tem sua aplicação através do dolo eventual, razão por que sua principal finalidade é atribuir a responsabilidade penal ao indivíduo que conscientemente colocou-se em ignorância com a finalidade de esvair-se de sua responsabilidade no futuro pela conduta ilícita cometida.

Nesse diapasão, ao menos no Direito Brasileiro, a jurisprudência, nos mesmos moldes, considera a ignorância deliberada equivalente ao dolo eventual; contudo, para parcela da doutrina, a cegueira deliberada é um elastério da *actio libera in causa*, o que é indicativo de modelo de responsabilidade objetiva.

Ante o estabelecimento de molduras gerais, sob à luz da pesquisa, busca-se ater sobre o debatido tema da cegueira deliberada em atenção aos delitos contraordem econômico-financeira. Sendo certo, que objeto do primeiro capítulo ponderará acerca da conduta, por vezes, desviada do gestor da coisa pública. Conduta pautada no retrocesso. O administrador com visão anacrônica, remontando os tempos mais remotos, não logra desatar o feixe entre o bem público e o bem particular, tendendo, no mais das vezes, para interesse puramente particular. Nessa linha de conduta desviada, pode o gestor, perfeitamente, se autocolocar numa situação de cegueira, representativa de incontornável lesão à economia de um Estado, em benefício do particular. Tal fere de morte o interesse público.

No segundo capítulo, por seu turno, se ocupará dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, da Teoria da Cegueira Deliberada e dos apontamentos da Criminologia. Para tanto, se valerá do lanço da mais apropriada doutrina, no que se refere a tríade. O perpasso na seara dos casos concretos será também será registrada.

Diante de delito de expressão, considerando o elevado grau lesivo dos crimes tributários, e na inafastável necessidade de contornar o usual, é consectário da pesquisa a

busca da viabilidade gravitante da Teoria da Cegueira Deliberada sobre delitos de tal natureza. Abordagem de alçada do terceiro capítulo.

A metodologia, com esse intuito, será qualitativa, já que se lançará mão da bibliografia respectiva. Sendo inafastável, ainda, o manejo da legislação e jurisprudência pertinente.

1. VISÃO ANACRÔNICA DO GESTOR QUE DESENCADEIA NA CEGUEIRA

A Administração Pública moderna não mais concebe, mormente a partir da Revolução Francesa, com os ideais republicanos e democráticos permeados no atuar do gestor público, que o aparelho do Estado funcione como extensão patrimonial dos líderes políticos. Tal fenômeno, na leitura de Giovanna Carranza¹, traduz a ideia de "uma privatização (*rent-seeking*) do Estado para o príncipe e seus nobres" e arremata certificando que, nesse modelo gestão, "a *res publica* (a coisa pública - os bens públicos) não é diferenciada da *res principis* (patrimônio do príncipe ou do soberano)".

Já conferindo linhas a essa privatização, Max Weber² lançava ideia no sentido de que a este caso de especial estrutura de dominação patriarcal, o poder doméstico descentralizado mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica: a dominação patrimonial.

Essa privatização, à luz do enfoque do debate, ou segundo Bresser Pereira³, "a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados", definia o governo nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas. Sendo certo que, a Inter permeabilidade dos patrimônios, públicos e privados, reflete ambiente suscetível à corrupção e ao nepotismo.

A praxe do uso de verbas públicas para uso próprio ou para financiamento de campanhas, não olvidando da utilização de empresas e ONGs fantasmas para parcerias criminosas com o poder público, são exemplos que guardam anacronismo e tem assento, ainda que ilegítimo, na gestão pública hordierna⁴.

O operador do direito na perspectiva inadiável de revirar a praxe lesiva, busca mecanismos debeladores, nomeadamente quando se está a tratar de danos que, em via

¹ CARRANZA, Giovanna. *Administração Geral e Pública*. São Paulo: Jus Podium, 2016, p.65.

² WEBER apud CARRANZA, opus citatum, p.65.

³ PEREIRA, Carlos Bresser. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p.210.

⁴ CARRANZA, opus citatum. p. 365.

transversa, possa tocar perniciosamente os direitos difusos. A cegueira na gestão da coisa pública pode se encontrar intimamente vinculada com a usual prática da defesa de interesses privados, com a prática omissiva tipicamente punível. É que na visão de Marshal Justen Filho⁵, “o servidor é investido de competências e atribuições que devem ser exercitadas para satisfação das necessidades coletivas” e com tom peremptório arremata que “o servidor é legitimado a defender suas competências e atribuições, adotando todas as providências necessárias a tanto.”

Deve-se consignar, portanto, que a outorga dos poderes administrativos aos agentes do Poder Público guarda estreita relação com interesses da coletividade. Não se concebendo, na praxe hordierna, desatar tal laço unificador. Sendo assim, José dos Santos Carvalho Filho⁶ defende a tese da dupla consequência inerente ao exercício daqueles poderes: a irrenunciabilidade e o exercício compulsório pelos titulares. Do binômio precitado é que se depreende o denominado poder-dever de agir. Contudo, para que se tenha conduta omissiva juridicamente relevante, a ponto de despertar da inércia o poder punitivo assentado na sistemática jurídica pátria, é imperativo que se tenha a omissão específica.

Asseverando, mesmo que *obiter dictum* (haja vista que o presente trabalho não é uma peça decisiva de um processo), a jurisprudência⁷ coloca que a omissão específica somente ocorre na hipótese de omissão do gestor em oposição a norma posta e estreme de dúvidas. A postura contrastante em prejuízo da norma, no sentido do *facere* administrativo em prazo determinado, é imprescindível para qualquer subsunção normativa da conduta do gestor. A medida sancionatória inserta em norma fabricada à luz de um Estado Democrático de Direito deve refletir princípios encontrados na vigente *magna carta*.

A conduta do gestor que se inclina numa postura omissiva, ainda que se mostre alheio, considerando ordinário, quando se depara com praxes de medievo de não segregação patrimonial público-privado, deve se amoldar na omissão dolosa da ação, que na leitura de Roxin⁸ “o dolo na omissão própria e na omissão imprópria tem por objeto comum os seguintes elementos do tipo objetivo: a situação de perigo para o bem jurídico; a omissão da ação mandada para proteção do bem jurídico”.

Ora, a conduta última narrada, conducente na omissão da ação mandada para

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 689.

⁶ CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 49.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. *Processo n. ° 0701904-95.2017.8.07.0018*. Relator: Flávio Rostirola. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/processos/209172445/processo-n-0701904-9520178070018-do-tjdf> >. Acesso em: 10 fev. 2020.

⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Renovar: São Paulo, 2002, p. 685.

proteção do bem jurídico (patrimônio público), se adequa com dada precisão na noção antes esposada: omissão específica reclamada por especialistas do Direito Administrativo. Trata-se de traço paralelo meramente aparente, porquanto deve-se ter em mente que o direito é uno e assim deve ser tratado. Resta, agora enquadrar tal omissão. A conduta anacrônica que se desencadeia na cegueira é própria ou imprópria?

Na visão de Mirabete⁹, os crime omissivos próprios (omissivos puros) são os objetivamente descritos com uma conduta negativa, de não fazer o que a lei determina. Consiste, em última análise, na omissão violadora de norma jurídica e não é necessário qualquer resultado naturalístico. Para a configuração do crime, sob foco, basta que o autor se omita quando deva agir. E arremata, exemplificando, o delito de condescendência criminosa (delito que se avizinha com o objeto do trabalho), art. 320 do Código Penal. Por seu turno, Paulo Queiroz¹⁰ descrevendo o delito omissivo impróprio, assevera que “na omissão imprópria, portanto, a omissão equivale jurídico penalmente à ação, desde que o agente/garante não aja de modo a evitar um resultado concretamente evitável. Note-se que, para a caracterização de um crime omissivo impróprio, é necessário que, além de um dever de agir, o agente tenha o dever de evitar o resultado, nos termos do artigo 13, § 2º do Código Penal, por garantidor”. Em reforço, Juarez Cirino¹¹ bem posta que “a posição de garantidor é elemento do tipo da ação imprópria e, portanto, um critério legal de definição da posição de garantidor é exigência do princípio da evitabilidade”. E arremata dizendo que “a legislação brasileira adotou o critério formal para definir a posição de garantidor”. Conclui-se, pois, por delito de omissivo próprio, já que a conduta do gestor não se vislumbra enquadrável nas linhas do § 2º do artigo 13 do Código Penal.

Nessa equivalente esteira, em sendo, conforme se viu, poder-dever do gestor na conduta conducente de elisão do resultado lesivo, poder-se-ia atribuir a conduta omissiva própria (em observância do ordenamento extravagante que regula a matéria, objeto dos demais capítulos do presente trabalho) do resultado lesivo aos cofres públicos. E uma vez o agente projetando resultado e assumindo o risco, decorrente da privatização do patrimônio público, restaria configurado o dolo eventual. Cleber Masson¹², ao mencionar Reinhart Frank, este responsável por formular a Teoria Positiva do Conhecimento, certifica que há dolo eventual quando o agente diz a si mesmo: “seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso agirei”. Ideia que corrobora com a percepção precitada e esposada

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo, Atlas, 2005, p. 131.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: parte Geral*. São Paulo, Juspodium, 2008, p.410.

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte Geral*. Curitiba, Lumen Juris, 2004, p. 206.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal*. São Paulo: Método, 2018. p.30.

por Manoela Pereira Moser¹³ (compatibilidade do dolo eventual com a teoria da cegueira deliberada), em tese desenvolvida em Revista Jurídica.

2. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E OS APONTAMENTOS DA CRIMINOLOGIA

O crime de Lavagem de Dinheiro está centrado naquilo que a criminologia intitulou de *white collar crimes* (crimes de colarinho branco), consectário da Teoria da Associação Diferencial.

Essa concepção da Teoria da Associação Diferencial, cujo o propósito é apontar o fenômeno criminal, foi certificado por Nestor Sampaio Penteado Filho¹⁴ como uma teoria de consenso, sendo desenvolvida pelo americano Sutherland (1883 – 1950), inspirado em Gabriel Tarde. A Teoria precitada etiquetou o crime de colarinho branco como específico e que discrepa dos delitos comuns. Específico e desalinhado com arruaças e/ou simples furtos, carecendo do delinquente maior estatura social e respeito em sede profissional.

Em reforço e para fins perfazer o sentido, Álvaro Mayrinc da Costa¹⁵ defende que pela Teoria da Associação Diferencial:

a aprendizagem é feita num processo de comunicação com outras pessoas, principalmente, por grupos íntimos, incluindo técnicas de ação delitiva e a direção específica de motivos e impulsos, racionalizações e atitudes. Uma pessoa torna-se criminoso porque recebe mais definições favoráveis à violação da lei do que desfavoráveis a essa violação. Este é o princípio da associação diferencial.

Por isso, como bem anota Nestor Sampaio Penteado Filho¹⁶, a associação diferencial desperta as leis de imitação, porque ao contrário do que ensina Lombroso, ninguém nasce criminoso, mas a criminalidade é uma consequência de uma socialização errônea. O que se quer apontar com o esposado é que o crime numa visão global não é exclusividade das classes menos favorecidas, isso porque é flagrante também na camada da mais alta classe social. Pensamos que o *modus operandi* é o ponto a ser atentado. É que por meio dele se deduz a maior ou menor sofisticação delitiva estabelecendo linha tênue com a maior ou menor classe social no que tange a delitos.

¹³ MOSER, Manoela Pereira; OLIVEIRA, Thiago Pires; LIMA, Juliana Cabral. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Distrito Federal: TJDF, 2017, [e-book].

¹⁴ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.88

¹⁵ COSTA, Álvaro Mayrinc da. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p.129.

¹⁶ PENTEADO FILHO. opus citatum. p.90.

Superado o ponto inerente à Criminologia, é relevante abordar grosso modo o delito de lavagem de dinheiro sob uma perspectiva histórica. Neste ponto o professor Gabriel Habib¹⁷, em sua obra, bem trabalha o tema e pondera que:

o termo “lavagem” guarda raízes na América do Norte. Sendo certo que, na década de XX, a máfia edificou “lavanderias” se valendo de comércio legalizado para que sob o manto de comércio formalmente legalizado ilidisse a gênese criminosa do numerário logrado ilicitamente. Na Europa, mais especificamente em países como Portugal, França e Espanha, o delito de lavagem de dinheiro é curiosamente apontado como delito de Branqueamento de Capitais. Arremata o professor que “ no Brasil o legislador justificou a adoção da nomenclatura *lavagem de Dinheiro* no fato de tal expressão já estar consagrada na linguagem popular.

Prosseguindo, e valendo do conhecimento histórico aqui delimitado, é de se ter claro que jurisprudência norte americana, que como se sabe bem é o ponto gênese da teoria, estatuiu o *Willful Blindness doctrine*, por intermédio do qual postulou a verificação do elemento subjetivo do tipo penal, segundo o dolo indireto eventual.

Defendeu-se o argumento de que a indiferença em relação ao bem jurídico tutelado, na hipótese de viabilidade de atingir a consciência do ilícito, faz nascer a responsabilização. Bem expõe a tese o professor Gabriel Habib¹⁸ em sua lapidar lição. Segundo ele o substrato dessa teoria reside no fato de que o agente possa ter a consciência sobre origem ilícita do dinheiro e escolha não buscar essa informação de forma mais aprofundada, demonstra nitidamente indiferença em relação ao bem jurídico protegido, da mesma forma que demonstra indiferença quem age com dolo eventual por fazer a representação mental do resultado e, embora não o queira diretamente, assume o risco de produzi-lo. Essa semelhança de comportamento do agente possibilita a punição de quem deliberadamente cega-se para a origem ilícita do dinheiro.

Em reforço, pode-se ter em conta que há um nitido intuito da Lei nº 9.613/1998¹⁹ (Lei de Lavagem de Dinheiro) em tutelar a paz pública, vez que reprime o crime organizado em nível transnacional. Talvez seja por essa razão o imperativo da dupla justa causa em sede de tais delitos. Não é por outra razão que se exige tenha a infração penal antecedente. Definindo infração penal antecedente é de relevo trazer à baila o conceito da doutrina. Segundo Ricardo Antonio Andreucci²⁰:

¹⁷ HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, p.109.

¹⁸ Ibidem, p.117.

¹⁹ BRASIL. Lei Nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.imprensanacional.gov.br/mpleis/leistexto.asp?id=LEI%209887>>. Acesso em: 10 out. 2019.

²⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Especial*: São Paulo: Saraiva. 2018, p. 598.

é aquela que gera o objeto material do crime de lavagem de dinheiro, ou seja, o produto ou o proveito. O Brasil adotava anteriormente o sistema de lista (ou de rol) nomeando expressamente os crimes que poderiam gerar a lavagem de dinheiro. Portanto, na sistemática anterior, somente haveria crime de lavagem de dinheiro se os valores ou bens tivessem sido originados da prática dos crimes expressamente arrolados no artigo 1º da lei. A Lei n. 12.683/2012, entretanto, conferindo nova redação a vários dispositivos da Lei 9.613/1998, retirou o rol de crimes antecedentes anteriormente, permitindo que se configure como crime de lavagem a dissimulação ou ocultação da origem de recursos provenientes de qualquer crime ou contravenção penal, como, por exemplo, o jogo do bicho e a exploração de máquinas caça-níqueis.

Em sede concreta, portanto, e levando-se em conta um delito de lavagem como conteúdo do continente delitos contra a ordem tributária, estes previstos no artigo 1º *caput* e incisos do mesmo normativo (I ao IV) , a Lei nº 12.683/2012²¹ conferiu maior elastério de incidência da lei de lavagem. Por isso, a Lei nº 9.613/1998²² (Lei de Lavagem de Dinheiro) passou a compreender a lavagem do produto de qualquer infração antecedente.

Em ação penal atinente aos delitos contra a ordem tributária, julgada pelo TRF4²³, sétima turma, de relatoria do Desembargador Fábio Bittencourt da Rosa, ficou encampada a tese da possibilidade do dolo eventual nos delitos tributários. Trata-se da análise detida da expressão “deva saber” flagrante no inciso IV do artigo 1º da Lei nº 8.137/90. Ao que parece acolheu-se a tese da *Willful Blindness doctrine*, mesmo que veladamente. Narra o voto vencedor que nos “crimes previstos na Lei nº 8.137/1990 admitem a forma do dolo eventual. Não é comum que empregados utilizem suas contas bancárias pessoais para efetuar depósitos de recursos da empresa para a qual prestam serviços. Assim agindo, os co-réus, no mínimo, assumiram o risco de produzir o resultado, consistente na omissão de receitas e dano ao erário.

A ideia do julgamento no TRF4 espelha com pequenos traços a tese do *Willful Blindness doctrine*, sendo relevante trazer caso concreto do direito comparado para estabelecer cotejo. Gabriel Habib²⁴ em sua obra ventila o caso *United States vs Cambell*. Segundo ele:

Campbell, vendedora do mercado imobiliário, foi denunciada pelo delito de lavagem de dinheiro, em razão de ter realizado um negócio jurídico de venda de um imóvel a um traficante de drogas que se fazia passar por pessoa de alto poder aquisitivo econômico, não revelando a Campbell a sua real atividade. Campbell realizou a venda do imóvel no valor de US\$ 182.500,00, dos quais US\$ 60.000,00 foram pagos em dinheiro. O contrato foi realizado no valor correspondente à diferença. Durante o

²¹ BRASIL. *Lei Nº 12.683*, de 9 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_At/011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

²² BRASIL. op. cit., nota 19.

²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4 região). *Apelação Criminal nº 5520-CE*. Relator: Fábio Bittencourt Rosa. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586020081022>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

²⁴ HABIB. opus citatum, p.118.

julgamento, uma testemunha teria afirmado que Campbell disse que o dinheiro poderia ser proveniente de atividade ilícita de tráfico de drogas. Com base nessa informação e outras mais constantes dos autos do processo, o Júri Federal condenou Campbell pelo delito de lavagem de dinheiro, ao fundamento de que Campbell teria deliberadamente fechado os olhos para o fato evidente, para um fato que era óbvio, isso é, que o valor utilizado para pagar a compra do imóvel era derivado de origem ilícita. Irresignada, Campbell recorreu e, em recurso de apelação, o Quarto Circuito Federal manteve a sua condenação, ao argumento segundo o qual Campbell deliberadamente evitou descobrir a origem ilícita dos valores empregados na compra do imóvel; que a operação de compra e venda realizada tinha a finalidade de lavar dinheiro sujo, isso é, transformar dinheiro proveniente do tráfico de drogas, portanto sujo, em dinheiro limpo, dando-se a ele um aspecto de origem ilícita .

Na órbita dos crimes de lavagem, muita das vezes o processo de legitimação do capital espúrio resulta no produto da perda necessária. Conforme explica Carla Veríssimo de Carli²⁵ é comum na seara de delitos dessa natureza a realização de negócios que dão prejuízos e que, mesmo assim, tornam a ser objeto de exploração num ciclo contumaz. Arremata dizendo que não faz sentido ter prejuízo e manter o negócio, segundo uma ótica comercial. Trata-se, segundo ela, de negócios *non-sens*. É de grande valia a leitura atenta pelas autoridades competentes dos negócios dessa natureza, isso porque pode-se trazer à reboque a plausibilidade da realização desses crimes, ante a fulga da razoabilidade com a manutenção de negócios destituídos de qualquer lucros, ao tempo que é rico em perdas.

Aspecto relevante é a questão da perda de bens e valores quando da configuração do delito de lavagem. Sobre tal assunto, reza o artigo 45, § 3º, do Estatuto Repressivo²⁶ que a perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiros, em consequência da prática do crime.

Segundo Cleber Masson²⁷, quanto aos efeitos do decreto condenatório nos delitos em tela, o artigo 91 no seu parágrafo 2º do Estatuto Repressivo foi introduzido pela Lei nº 12.694/2012²⁸, com o propósito de proporcionar maior eficiência nas condenações proferidas em delitos cometidos no contexto de organizações criminosas. Nestes casos, poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes quando se localizarem no exterior, notas comuns aos delitos praticados pelas estruturas ilícitas de poder. Sem prejuízo, é possível se valer de medidas assecuratórias previstas na legislação processual (sequestro, arresto,

²⁵ CARLI, Carla Veríssimo de. *Ideologia da Criminalização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 116.

²⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

²⁷ MASSON, opus citatum, p.933.

²⁸ BRASIL. *Lei Nº 12.694*, de 24 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

especialização de hipoteca legal etc.) poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação da perda.

Acerca de bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação da perda, e mais especificamente, considerando a Lei nº 9.613/1998²⁹ (Lei de Lavagem de Dinheiro), Rogério Sanches Cunha³⁰ comenta que o artigo 7º, inciso I, da Lei de Lavagem, repete a regra relativa à perda judicial como efeito da condenação prevista no artigo 91, inciso II do Código Penal. Nessa esteira, com o decreto condenatório passado em julgado, deve o juiz competente determinar a perda em favor da União ou dos Estados, respectivamente nos casos de competência federal ou estadual, de bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem de capitais. Prossegue dizendo que a perda abrange, inclusive, os recursos relacionados a eventuais fianças pagas durante o decorrer da investigação ou ação penal. Em todos os casos, no entanto, devem ser preservados os direitos do lesado ou de terceiro de boa-fé.

3. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIOS, AS CONDIÇÕES OBJETIVAS DE PUNIBILIDADE E OS LIAMES COM A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Preliminarmente, os delitos continentais (crimes econômicos, como delito continente; e os crimes tributários, como conteúdo) serão enfoque de análise para que, afinal, os fundamentos base quanto à aplicabilidade do *Willful Blindness doctrine* sejam suficientemente esclarecidos

Pois bem, o Direito Penal econômico é apontado, no plano nacional, não como especialidade do Direito Tributário ou do Direito econômico, mas sim daquele primeiro. Tal entendimento não é, senão, aquele esposado por Francisco de Assis Betti³¹. Outrossim, numa análise mais direta e seca, Elder Lisboa Ferreira da Costa³² aponta que o Direito Econômico brasileiro é um verdadeiro emaranhado de leis esparsas, dentre elas a Lei nº 8.137/1990 (que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária). Tais entendimentos, no meu sentir, delimitam aquilo defendido no limiar deste capítulo, qual seja, há de fato um liame de continência entre os crimes econômicos e crimes tributários.

Contudo, não pode fugir ao debate a ordem econômica. Isso porque há a adoção no Brasil de um sistema jurídico-constitucional, no qual se joga um papel primordial à livre-

²⁹ BRASIL. op. cit., nota 16.

³⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Leis Penais Especiais*. São Paulo: Juspodivm, 2019, p. 302.

³¹ BETTI, Francisco. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*. São Paulo: Forum, 2000, p. 40.

³² COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Os delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

iniciativa como se extrai de uma rápida leitura no disposto no artigo 170 da CRFB/1988³³. Nesta linha, relevante trazer à baila a precisão de Luiz Régis Prado³⁴, segundo ele a intervenção penal no campo econômico, embora admitida e necessária se faz presente mais como *prima ratio* do que como *ultima ratio*, em constante fricção com o princípio da intervenção mínima. E conclui dizendo que tal postura do direito penal traz à reboque o descompasso com a verdadeira missão do Direito Penal do Estado democrático e social de Direito.

A existência de um Direito Penal Econômico como instância hegemônica em prejuízo dos *white-collar and corporate crimes* tutela a confiança da sociedade nos seus direitos transindividuais. Por isso o Estado deve ser atuante na seara destes delitos, mesmo que para tanto se adote tese anacrônica da *prima ratio* em vez de adotar o da *ultima ratio*, escapando das suas linhas fragmentares. José de Faria Costa³⁵ ressalta que tal tipo "de criminalidade com o qual devemos enfrentar tem a qualidade ou a característica de não ter *locus delicti*, pelo menos através da interpretação clássica que a dogmática dá de local do crime." A gravidade do delito, exorbitando muita das vezes as divisas nacionais, corrobora e autoriza o atuar mais repressor do Estado no intuito de dissuadir o delinquente na empreitada informada pelo *animal spirit* – bem elucidada pela escola keynesiana³⁶. Por último, e ao mesmo tempo, o Judiciário deve manter cautela no seu atuar de prestador de bem dizer o direito.

Superado tal obstáculo, importante voltar olhares para Lei nº 8.137/1990³⁷ (que trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária).

O disposto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90 imputa como crime contraordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório. Trata-se de crime material em que se exige o lançamento tributário. Bem esclarece Leandro Paulsen³⁸ que a configuração dos tipos penais de crimes materiais contra a ordem tributária praticados por particulares depende da existência e exigibilidade do crédito tributário que tenha deixado de ser pago em razão das referidas condutas. Se depreende daí o inquestionável resultado:

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.80.

³⁵ FARIA COSTA, José de. *O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 536.

³⁶ KEYNES, John Maynard. *General theory of employment, interest and money*. United Kingdom: Palgrave Macmillan, 1936. p.45.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800.

suprimir tributo indevido é crime impossível.

Na ADI nº 1571³⁹, o voto vencedor de lavra do ministro Celso de Mello, e que rendeu ensejo à aprovação de enunciado de Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal⁴⁰, assim destacou:

[...] embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal, falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no artigo 1º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo [...]

Deve-se ter em conta, que como consectário lógico das conclusões aqui aventadas, a subsunção típica dependerá da regular e definitiva constituição do crédito tributário na seara administrativa, pressupondo o exaurimento desta via, quer por meio de impugnação, quer por meio dos recursos – que desafiam o lançamento do fisco na constituição do crédito tributário.

Ainda sobre a constituição do crédito tributário, bem como o seu espectro - condição objetiva de punibilidade - Andreas Eisele⁴¹ pontua que o crime tributário está relacionado ao descumprimento da obrigação tributária mediante fraude. Para ele não é plausível sustentar a linha de pensamento adotada pelo STF, já que confunde a existência da obrigação tributária com a necessidade de lançamento para caracterização.

Para o Procurador Federal da República⁴², o lançamento não tem contornos de condição objetiva de punibilidade. É que estas causas derivam de opções de política criminal, por meio dos quais o legislador restringe a persecução penal em nome de outros interessados. A leitura mais adequada é a de que o lançamento confere a exigibilidade ao crédito tributário, nada obstando que juiz, sob à lente de um caso concreto, concebesse a ocorrência do fato gerador e do próprio delito. Contudo, tal construção jurídica somente seria admitida para fins criminais

Apesar da atraente tese, deve-se ter em conta o predominante entendimento jurisprudencial do STF sobre a imprescindibilidade do lançamento, à míngua do qual não se possibilitaria aduzir crime. Não se podendo falar ainda em curso prescricional, segundo clássico magistério: só há prescrição quando exercitável o direito de ação (teoria da *actio nata*).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1571*. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347135>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 24*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

⁴¹ EISELE, Andreas. *Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro*. Santa Catarina: acadêmica, 2007, p. 116.

⁴² *Ibidem*, p.117.

Em reforço, e ressaltado pela relevância, o aplicador do direito deve sempre se pautar pelo entendimento cristalizado em enunciado de súmula vinculante precitado.

Quanto à consumação dos crimes tributários, a tese atraente antes defendida e encabeçada por Guilherme de Souza Nucci⁴³ da necessidade de se comprovar o elemento subjetivo do tipo específico – consistente na vontade de fraudar o fisco – cede passo à do STJ⁴⁴ para que se conclua diversamente. É que se consolidou o entendimento da prescindibilidade do dolo específico, sendo bastante para subsunção no artigo 1º da Lei nº 8.137/1990⁴⁵ o não recolhimento do tributo.

Apesar de tudo, a primeira tese é a mais acertada. Posto que a objetividade jurídica no campo dos crimes tributários justifique uma persecução penal mais robusta, ainda assim não se pode conceber que o Direito Penal seja convolado em apêndice inadequado do Direito Tributário comum, buscando servir de instrumento do Estado para a cobrança de tributos.

Por fim, infere-se que a teoria do *Willful Blindness doctrine* é de possível aplicabilidade, mesmo na seara dos crimes tributários. Para se ter claro a plausibilidade do argumento invocado, utiliza-se da construção jurídica de que o crime de evasão fiscal pode ser objeto de crime precedente no crime de lavagem. Assim sendo, encerra requisito da dupla justa causa, autorizando a gravitação persecutória sobre o agente (podendo ser autoridade fiscal) que alega o desconhecimento da origem ilícita dos bens, por voluntariamente procurar a esquiva de consciência quanto à ilicitude de origem (dolo eventual).

CONCLUSÃO

Os consectários, pelo todo exposto, inclinam pela viabilidade da Teoria do *Willful Blindness doctrine* no plano nacional e no campo desafiador dos delitos econômico-financeiros (mormente nos delitos de lavagem de dinheiro). O próprio legislador, em diversas passagens, consagra expressão "que saiba ou deva saber", o que afasta qualquer margem de dúvidas que possam despontar sobre a teoria da cegueira deliberada como ideia subjacente no elemento da conduta (dolo eventual). Disso resulta, no entanto, o dever de maior cautela do aplicador do direito e teorias exsurgem.

Dúvidas podem quedar sobre operador do direito não pela real incidência no caso concreto da Teoria do *Willful Blindness doctrine* (esta questão já superada pelo presente

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 677.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 684*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>>. Acesso em: 11 out. 2019.

⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 16.

trabalho e sem quaisquer equívocos de dúvidas acerca da incidência no plano do ordenamento pátrio, ressalta-se), mas sobre incidência da Convenção de Palermo. É sabido que tal Convenção reconhece a reserva de autolavagem – *self-laundering* – a teor do artigo 6º, item 2, "e". Tal normativo permite a esquiva da imputação pela lavagem de capitais caso fosse praticada pelo autor do crime antecedente. Contudo; pode-se afirmar peremptoriamente que o ordenamento brasileiro não consagra a reserva de autolavagem, o que atrai a imputação do autor pelo delito precedente de lavagem de capitais.

Mais uma vez relevante trazer à baila a ideia de que se repele a autolavagem, bem como reconhece a não absorção do crime de lavagem, por força da aplicação da Teoria do *Willful Blindness doctrine* do princípio da consunção, já que a ocultação do produto da infração antecedente pelo seu autor configura lesão autônoma, contra sujeito passivo distinto, através de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira. De mais a mais, o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/1998 é, em regra, distinto daquele afetado pela infração penal antecedente, e esta distinção acaba por autorizar a punição de ambas as condutas delituosas em concurso material, sem que se possa falar em *bis in idem*.

Superado a questão da convenção de Palermo, outra questão de cautela que deve ser observado pelo aplicador do direito na seara dos crimes econômico-financeiros, no cenário da aplicação da Teoria do *Willful Blindness doctrine*, é a problemática probatória. Nessa situação, não é dado à Magistratura no afã de produzir prova, e sob o pretexto de seu amplo poder instrutório no âmbito criminal, se guiar pela prevalência de hipóteses sobre fatos. Trata-se do que a doutrina convencionou em intitular de Quadros Mentais Paranóicos ou Síndrome de Dom Casmurro, sob pena quebra da imparcialidade. Grosso modo, a terminologia foi edificada para designar o juiz que, dotado de poderes investigatórios, primeiro decide e depois sai à procura de material probatório para alicerçar e justificar sua decisão.

A crítica é enfática, que deflui da comunidade jurídica, e é direcionada para os poderes instrutórios de um magistrado. De fato, semelhante modo de pensar, destrói na totalidade o processo penal democrático. Sendo lícito afirmar, que tal modo de agir do magistrado levaria um primado das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide e depois vai atrás dos fatos que justificam a decisão – cenário próprio dos quadros mentais paranóicos.

Imperativo se faz, portanto, ainda que pela especificidade do cenário probatório que a Teoria da Cegueira Deliberada reclama, a manutenção e a observância do sistema acusatório adotado pelo Brasil. Não se concebe alcançar um resultado de sistema subvertido, em que se concentre nas mãos do juiz as funções de acusar e julgar (sistema inquisidor).

Poder-se-ia pensar, em termos de conclusão e cautela, que a Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013) aplicável aos delitos sob análise seria expressão do direito penal do inimigo e, por logo, normativo desenhado por influência de Günther Jackobs. Isso se extrai do necessário rigor no combate à criminalidade organizada. A conclusão de que a Lei em tela estaria se lançando daquela expressão deve ser rechaçada.

A Teoria da Cegueira deliberada, alinhada aos delitos econômico-financeiros, é viável e uma realidade no Brasil. Contudo, deve ser buscado uma leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico pátrio. Lembrando, sempre, que deve ser perseguido pelos atores do processo penal a justa medida entre o garantismo e a efetividade da sanção. É o que se conclui.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Especial*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1571*. Relator Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347135>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 684*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 24*. Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (4 região). *Apelação Criminal nº 5520-CE*. Relator: Fábio Rosa. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/20058100014586020081022>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

CARRANZA, Giovanna. *Administração Geral e Pública*. São Paulo: Jus Podium, 2016.

COSTA, Álvaro Mayrinc da. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CUNHA, Rogério Sanches. *Leis Penais Especiais*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

EISELE, Andreas. *Crítica ao Direito Penal Tributário Brasileiro*. Santa Catarina: acadêmica, 2007.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. São Paulo: Método, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 800.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.