

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**CEGUEIRA DELIBERADA, BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E
HONORÁRIOS MACULADOS**

MAGNO GOMES DE OLIVEIRA

Orientadora: Professora Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito e Ciências Jurídicas, na especialidade Ciências Criminais.

Lisboa/2025

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**CEGUEIRA DELIBERADA, BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E
HONORÁRIOS MACULADOS**

MAGNO GOMES DE OLIVEIRA

Orientadora: Professora Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva

Tese especialmente elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito e Ciências Jurídicas, na especialidade Ciências Criminais.

Júri:

Presidente: Doutora Maria Fernanda dos Santos Martins da Palma Pereira, Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Vogais:

Doutor Nuno Brandão, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Doutor André Filipe Lamas Leite, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, arguente;

Doutor Paulo Manuel Mello de Sousa Mendes, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente;

Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientadora.

Lisboa/2025

*Amazing grace¹, how sweet the sound
That saved a wretch like me
I once was lost, but now am found
Was blind, but now I see
'Twas grace that taught my heart to fear
And grace my fears relieved
How precious did that grace appear
The hour I first believed
When we've been there ten thousand years
Bright shining as the Sun
We've no less days to sing God's praise
Than when we've first begun*

¹ *Amazing Grace* é um hino cristão lançado em 1779, com sua letra escrita em 1772 pelo poeta inglês e clérigo anglicano John Newton (1725-1807). Ele foi alistado a força na Marinha Real Britânica, e depois de deixar a força naval trabalhou no comércio de escravos. Em 1748, uma severa tempestade fez seu navio bater violentamente e encalhar na costa do Condado de Donegal, na Irlanda, e durante a tormenta implorou a Deus por misericórdia. Ordenou-se na Igreja da Inglaterra em 1764, no Condado de Buckinghamshire, onde começou a compor seus hinos, dentre os quais *Amazing Grace*, o qual foi escrito para ilustrar um sermão do Ano Novo de 1773.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva, pelas preciosas lições ministradas durante o primeiro ciclo do Doutorado em Direito, com especialidade em Ciências Criminais, pela generosa acolhida e pela perene disponibilidade em aplacar minhas dúvidas e indicar as mais sólidas referências dogmáticas sobre os temas sobre os quais me propus explorar. Sem a condução segura da senhora professora eu jamais teria conseguido conceber sequer esta “tese possível”.

Ao meu estimado e saudoso Professor Doutor Augusto Silva Dias, a quem elegi como coorientador *in pectore*, por seus inúmeros predicados profissionais e pessoais, que sem qualquer favor o situam no panteão dos juristas de escol da Europa continental, e um dos mais legítimos cavalheiros com quem tive a honra e o privilégio de conviver durante os anos de 2018 e 2019.

Aos meus pais, José e Ana, e aos meus irmãos, Lidiana, Delano e Nogueira Filho, que compartilharam comigo todas as alegrias e tristezas familiares, e que ainda hoje me brindam com seu amor e com suas orações.

Aos meus sogros, Cláudio e Myrtes, que sempre me distinguiram com respeito e afeição, e que me concederam como esposa sua filha primogênita, Sylvianne, mulher de princípios e posturas firmes, e que há mais de vinte anos tem trilhado comigo os caminhos que escolhemos percorrer juntos.

A Maria Eduarda e Maria Ester, que são muito mais do que minhas filhas amadas; são luzes que iluminam meus olhos, são as centelhas que impulsionam meu coração, e são a prova viva de que o amor tem a forma humana.

Aos meus diletos Lino Filho e Victor Eduardo, “filhos do coração”, bem como à Camila, “nora do coração”, e aos pequenos Victor Filho e Davi, primeiros e amados netos que o Criador me concedeu, os quais têm encantado minha existência.

Aos queridos amigos Camilo Brito, Tiago Bernardo, Nuno dos Santos, Vanessa Pelerigo e Paulo Barbosa, que comigo compartilharam a saga lisboeta do ano letivo 2018-2019, pelo fraterno convívio que emprestou calor e conforto à minha estadia longe da minha terra.

Aos estimados professores Nelson Luiz Bezerra Campos, Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Ionilton Pereira do Vale, Rafael Gonçalves Mota e Redomark Barreira Cunha, que a despeito de seus inúmeros compromissos acadêmicos, tiveram a generosidade de contribuir na

revisão dos capítulos desta tese, e para tanto sacrificaram horas de repouso e lazer com seus entes queridos. Tais iniciativas reforçam em mim a convicção de que “nada é tão forte quanto o coração de um voluntário”, e só aumentam meus sentimentos de gratidão e admiração pessoal por tais valorosos amigos.

Agradeço especialmente ao Senhor Meu Deus, que generosamente tem derramado infinitas bênçãos sobre mim, que tem me protegido de todos os perigos, que tem semeado a fé e força no meu coração, e que sempre tem enviado anjos para me apoiar nos momentos mais severos.

Muito obrigado a todos. Sem o contributo de cada um de vocês minha trajetória jamais teria o mesmo valor.

RESUMO

A presente investigação se propõe a responder ao seguinte problema: É juridicamente possível imputar ao advogado coautoria ou cumplicidade no crime de branqueamento de capitais, quando este recebe vultosos honorários maculados do autor de crime antecedente, mesmo sem dispor de certeza da origem ilícita dos ativos financeiros recebidos? Ou estaria ele apenas praticando ações neutras? Ao receber, a título de honorários profissionais, bens ou recursos financeiros oriundos de atividade criminosa antecedente, o advogado comete branqueamento de capitais, receptação, favorecimento real, ou o recebimento dos honorários maculados é um comportamento penalmente atípico, ainda que reprovável sob o ponto de vista ético? O problema central da tese se justifica porque o branqueamento de capitais é um dos mais severos fenômenos da criminalidade transnacional contemporânea, com efeitos financeiros capazes de desequilibrar economias de diversos Estados, sendo esta a razão pela qual há significativos esforços internacionais para combatê-lo e preveni-lo. Outro eixo igualmente relevante da investigação é o exame dos contornos da teoria da “cegueira deliberada”, cuja origem remonta ainda ao século XIX, mas que vem sendo adotada nas Cortes Supremas dos EEUU, da Espanha e do Brasil. O ponto de convergência entre os dois temas reside no pagamento de honorários maculados, frequentemente vultosos, em favor de profissionais que atuam nos chamados setores não-financeiros sensíveis, especialmente os advogados, que não raro invocam o sigilo profissional, o direito à livre escolha de defensor, e mais recentemente têm invocado a teoria das ações neutras, como escusas para se eximirem do dever de colaboração com as unidades de inteligência financeira dos Estados onde desempenham seus ofícios. Nesse cenário, surge a aparente colidência entre o dever estatal de prevenir a prática do branqueamento de capitais, e as garantias legais invocadas pelos advogados para não se sujeitarem aos deveres de colaboração fixados em normativas internacionais e ordenamentos legais internos. Daí derivam os subproblemas seguintes: a) Em nome da pluriofensividade e dos severos efeitos gerados pelo branqueamento de capitais no plano internacional é idôneo atribuir aos advogados e outros profissionais de setores não-financeiros sensíveis responsabilidade solidária na prevenção desse crime? b) É admissível o cometimento do crime de branqueamento de capitais na modalidade culposa, ou somente de forma dolosa? c) Sendo o dolo a conjugação de conhecimento e vontade, quando se pode afirmar com segurança que o agente tinha consciência de que seu comportamento era penalmente ilícito? d) No plano da teoria do conhecimento é possível que a vontade de não conhecer, como meio

de afastar a presença do dolo, demonstre que o conhecimento já está intuitivamente presente na conduta do sujeito? e) Para configuração do crime de branqueamento de capitais, quais são os limites e a relevância do erro sobre elementos de fato ou de direito de um tipo penal, sobre proibições legais cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para configuração da ilicitude da conduta, sobre as causas de justificação, ou ainda sobre os elementos normativos do tipo? f) Existe compatibilidade entre a teoria da cegueira deliberada, do *Common Law*, e o dolo eventual, do *Civil Law*? Em caso positivo, este último seria equivalente à *recklessness*, ou à *negligence*, tal como concebidas no *Model Penal Code*? g) Agir em situação de ignorância deliberada equivale a se portar com dolo eventual ou se trata de mera conduta negligente? h) Ao receber honorários vultosos de um cliente que não tem meios de comprovar a origem lícita de tais recursos, o advogado age com cegueira deliberada, ou pratica conduta socialmente neutra por não ser obrigado a exigir do cliente a prova da origem de tais honorários? i) Sendo os honorários pagos em recursos financeiros, ou mediante a entrega de bens, ao optar pela ignorância deliberada, o advogado estaria cometendo branqueamento de capitais (CP, art. 368º-A), favorecimento pessoal (CP, art. 367º), receptação (CP, art. 231º), ou estaria praticando apenas uma conduta socialmente neutra, sob a invocação de estar tão somente exercendo atividade de defesa remunerada em processo judicial ou extrajudicial? j) Ao desconfiar da origem dos honorários que lhe foram ofertados ou pagos, o advogado tem o dever de informar sua suspeita à respectiva UIF, ou estará violando deveres deontológicos, e caso tenha certeza da origem ilícita de seus honorários o advogado tem o direito de negligenciar os deveres de colaboração junto à UIF, ou estará aderindo, ao crime de branqueamento de capitais? k) O dever de sigilo profissional ostenta caráter absoluto? Em caso afirmativo, qual seu termo inicial, e por que motivos não pode ser relativizado através do método da ponderação, tal como ocorre com o sigilo bancário, fiscal ou telefônico, por força de legislações internas ou normas internacionais?

Palavras-chave: Branqueamento de capitais. Teoria do conhecimento. Cegueira deliberada. Prova do dolo. Segredo profissional. Ações neutras. Honorários maculados. Casos paradigmáticos na jurisprudência.

ABSTRACT

The present investigation aims to respond to the following problem: Is it legally possible to impute to a lawyer co-authorship or complicity in the crime of money laundering, when he receives large tainted fees from the perpetrator of a previous crime, even without being certain of the illicit origin of the financial assets received? Or was he just carrying out neutral actions? When receiving, as professional fees, assets or financial resources arising from previous criminal activity, the lawyer commits money laundering, receiving, real favoritism, or receiving tainted fees is an atypical criminal behavior, although reprehensible from the point of ethical view? The central problem of the thesis is justified because money laundering is one of the most severe phenomena of contemporary transnational crime, with financial effects capable of unbalancing the economies of different States, which is the reason why there are significant international efforts to combat and prevent it. Another equally relevant axis of the investigation is the examination of the contours of the theory of “deliberate blindness”, whose origins date back to the 19th century, but which have been adopted in the Supreme Courts of the USA, Spain and Brazil. The point of convergence between the two themes lies in the payment of tainted, often substantial fees, in favor of professionals who work in the so-called sensitive non-financial sectors, especially lawyers, who often invoke professional secrecy, the right to free choice of defender, and more recently they have invoked the theory of neutral actions, as excuses to exempt themselves from the duty of collaboration with the financial intelligence units of the States where they carry out their duties. In this scenario, an apparent conflict arises between the state's duty to prevent the practice of money laundering, and the legal guarantees invoked by lawyers not to be subject to the duties of collaboration set out in international regulations and domestic legal systems. From this derive the following sub-problems: a) In the name of the pluri-offensiveness and the severe effects generated by money laundering at the international level, is it appropriate to attribute to lawyers and other professionals from sensitive non-financial sectors joint responsibility for preventing this crime? b) Is it permissible to commit the crime of money laundering in a negligent manner, or only intentionally? c) Since intent is the combination of knowledge and will, when can it be safely stated that the agent was aware that his behavior was criminally illicit? d) In terms of the theory of knowledge, is it possible that the desire not to know, as a means of removing the presence of deceit, demonstrates that knowledge is already intuitively present in the subject's conduct? e) To configure the crime of money laundering, what are the limits and relevance of the error regarding elements of fact or law of

a criminal type, about legal prohibitions whose knowledge is reasonably indispensable to define the illegality of the conduct, about the causes of justification, or even about the normative elements of the type? f) Is there compatibility between the theory of deliberate blindness, from Common Law, and eventual intent, from Civil Law? If so, would the latter be equivalent to recklessness, or negligence, as conceived in the Model Penal Code? g) Acting in a situation of deliberate ignorance is equivalent to behaving with possible intent or is it merely negligent conduct? h) When receiving large fees from a client who has no means of proving the lawful origin of such resources, does the lawyer act with deliberate blindness, or practice socially neutral conduct because he is not obliged to demand from the client proof of the origin of such fees? i) If the fees are paid in financial resources, or through the delivery of goods, by choosing deliberate ignorance, the lawyer would be committing money laundering (CP, art. 368-A), personal favoritism (CP, art. 367), reception (CP, art. 231), or would he be practicing just socially neutral conduct, under the pretense of merely carrying out paid defense activities in judicial or extrajudicial proceedings? j) When suspecting the origin of the fees offered or paid to him, the lawyer has the duty to inform the respective FIU of his suspicion, or he will be violating ethical duties, and if he is certain of the illicit origin of his fees, the lawyer has the right to neglect the duties of collaboration with the FIU, or are you adhering to the crime of money laundering? k) Does the duty of professional secrecy have an absolute character? If so, what is its initial term, and for what reasons cannot it be relativized through the weighting method, as occurs with bank, tax or telephone secrecy, due to internal legislation or international standards?

Keywords: Money laundering. Theory of knowledge. Deliberate blindness. Proof of intent. Professional secret. Neutral shares. Tarnished fees. Paradigmatic cases in jurisprudence.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ABIN – Agência Brasileira de Inteligência
ACPR – Autoridade de Resolução e Controle Prudencial da França
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ao STF do Brasil)
APNFD's – Atividades não financeiras de alto risco
AGU – Advocacia-Geral da União do Brasil
ALFI – Associação da Indústria de Fundos de Luxemburgo
AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros
AMF – Autoridade de Mercados Financeiros da França
ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho do Brasil
AP - Ação Penal
ARE – Agravo em Recurso Extraordinário (ao STF do Brasil)
BACEN – Banco Central do Brasil
BBVV – *Banco Bilbao Viscaya Argentaria*
BCB – Banco Central do Brasil
BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil da Alemanha)
BGH – *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
BPA – Banco Privado Atlântico
BSA – *Bank Secrecy Act*
BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)
BZSt – *Bundeszentralam für Steuern* (Delegacia Central da Receita Federal da Alemanha)
CC – Código Civil
CC5 – Contas criadas pelo BACEN do Brasil em 1969 destinadas a estrangeiros
CCB – Código Civil brasileiro
CCB/1916 – Código Civil brasileiro de 1916
CCB/2020 – Código Civil brasileiro de 2020
CCBE - *Conseil des Barreaux européens* (Conselho dos Advogados da Europa)
CDC – Código de Defesa do Consumidor do Brasil
CE – Conselho da Europa
CEDH - Convenção Europeia de Direitos Humanos

CEE – Comunidade Econômica Europeia
CEJ – Centro de Estudos Judiciários
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFC – Conselho Federal de Contabilidade do Brasil
CFM – Conselho Federal de Medicina do Brasil
CID – Código Internacional de Doenças
CMIR - Comunicação de Transporte Internacional de Moeda ou Outros Instrumentos Monetários
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários de Portugal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça do Brasil
CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil
COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Brasil
CONDEPE – Conselho Estadual de Direitos Humanos do Brasil
CP – Código Penal
CPB – Código Penal brasileiro
CPC – Código de Processo Civil
CPC/1973 – Código de Processo Civil brasileiro de 1973
CPC/2015 – Código de Processo Civil brasileiro de 2015
CPDMM – Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante de Portugal.
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP – Código de Processo Penal
CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário de Portugal
CRL – Conselho Regional de Lisboa (da Ordem dos Advogados)
CRP/76 - Constituição da República portuguesa
CTN – Código Tributário Nacional do Brasil
CTR – *Currency Transaction Report*
CV – Comando Vermelho (organização criminosa no Brasil)
DB - *Deutsch Bank*
DB-UK - *Deutsch Bank of United Kingdom*
DCIAP – Departamento Central de Investigação e Ação Penal (em Portugal)
DCOMP – Declaração de Compensação de Crédito (no Brasil)
DEA - *Drug Enforcement Administration*
DECIC – Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais do COAF
DGCI – Diretoria-Geral de Controle Interno das Finanças de Portugal

DL – Decreto-lei

DNI – Documento Nacional de Identidade

DRB - *Deutsche Reichbahn* (Empresa Ferroviária Nacional da Alemanha)

DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do COAF brasileiro

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil

ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

EKC – *European Kings Club*

EM – Exposição de Motivos

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal

ESC – Empresas Simples de Crédito

EUA – Estados Unidos da América

FATF - *Financial Action Task Force on Money Laundering*

FBI - *Federal Bureau of Investigation*

FCA - *Financial Conduct Authority* (supervisor financeiro do Reino Unido)

FDIC – *Federal Deposit Insurance Corporation*

FFSLAR - Primeira Associação Federal de Economias e Empréstimos de Raleigh (instituição financeira norte-americana)

FINCEN – *Financial Crimes Enforcement Network*

FMI – Fundo Monetário Internacional

G-10 - Bancos centrais da Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos da América, França, Itália, Japão, Países Baixos, Reino Unido e Suécia

GAFI - Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro

GAFIC - Força-Tarefa de Ação Financeira do Caribe

GAFISUD - *Grupo de Acción Financera de Sudamerica Contra el Lavado de Activos*

GG – Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Constituição da Alemanha)

GKB – *German Kings Club*

GTC – Termos e Condições Gerais de Sigilo Bancário na Alemanha

GZA - *Goldberg-Zoino & Associates, Inc.* (empresa norte-americana)

HC – Habeas Corpus

HEI - *Harnischfeger Engineers, Inc.* (empresa norte-americana)

HRP - *Hartman Rack Products, Inc.* (empresa norte-americana)

HUD-1 - *HUD-1 Settlement Statement* (Declaração de liquidação que lista todos os encargos e créditos para o comprador e para o vendedor, em um acordo imobiliário, ou todos os encargos em um refinanciamento de hipoteca).

IARA – *Inter Allied Reparations Agency* (Agência Inter Aliada de Reparações)

IMF – *International Monetary Fund*

IRC – Imposto sobre Rendimentos de Pessoas Coletivas em Portugal

IRS – Imposto sobre Rendimentos de Pessoas Singulares em Portugal

IVA – Imposto sobre Valor Agregado

JAI – Justiça e Assuntos Internos

JOCE – Jornal Oficial da Comunidade Europeia

KES - *Kapitalertragsteuer* (Ganhos de capital na Áustria)

KGB – Polícia Secreta da União Soviética

KYC – *Know your customer*

LC – Lei Complementar

LCP – Lei de Contravenções Penais do Brasil

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Criminal de España*

LEP – Lei de Execução Penal do Brasil

LG – *Landericht* (Tribunal Distrital na Alemanha)

LGT – Lei Geral Tributária de Portugal

LOSJ – Lei Orgânica do Sistema Judiciário de Portugal

LSD - Dietilamida do ácido lisérgico

MCC - *MacDonald & Watson Waste Oil Co.* (empresa norte-americana)

MIN. - Ministro

MJ – Ministério da Justiça

MP – Ministério Público

MPC – *Model Penal Code*

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

NACDL - *National Association of Criminal Defense Lawyers* (Associação Nacional dos Advogados de Defesa Criminal dos EUA)

NCCT - *Non-cooperative Countries and Territories*

NIC - *Narragansett Improvement Co.*(empresa norte-americana)

NUIPC – Número de Identificação do Processo Crime

OA – Ordem dos Advogados de Portugal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OAB/MT – Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Mato Grosso

OAB/SP – Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo

OAS – Olivieiri, Araújo e Suarez (empreiteira brasileira)

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OLG – *Oberlandesgericht* (Tribunal Regional da Alemanha)

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

ORCRIM – Organização criminosa

PCC – Primeiro Comando da Capital (organização criminosa brasileira)

PDT – Partido Democrático Trabalhista (agremiação política brasileira)

PFL – Partido da Frente Liberal (agremiação política brasileira)

PGR – Procuradoria-Geral da República

PIB - Produto Interno Bruto

PL – Projeto de Lei

PLD/FT - Medidas Preventivas de Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo

PPS – Partido Popular Socialista (agremiação política brasileira)

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira (agremiação política brasileira)

PT – Partido dos Trabalhadores (agremiação política brasileira)

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro (agremiação política brasileira)

RCRA - *Resource Conservation and Recovery Act* (Lei de Conservação e Recuperação de Recursos dos EUA)

RE – Recurso Extraordinário (ao Supremo Tribunal Federal do Brasil)

REsp – Recurso Especial (ao Superior Tribunal de Justiça do Brasil)

RGIC - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras de Portugal

RHC – Recurso em Habeas Corpus

RJO – Regime Jurídico de Apostas *Online*

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

RO – Recurso Ordinário (dirigido aos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil)

RR – Recurso de Revista (dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho do Brasil)

RT – Revista dos Tribunais (editora brasileira)

SAR’S – *Suspicious Activities Reports*

SBT – Sistema Brasileiro de Televisão (emissora brasileira)

SCOTUS – *Supreme Court of The United States* (Suprema Corte dos EUA)

SEPBLAC – Unidade de Inteligência Financeira da Espanha
SESC – Serviço Social do Comércio (do Brasil)
SISBACEN – Sistema de Informações do Banco Central do Brasil
STC – Acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha
STF – Supremo Tribunal Federal (do Brasil)
StGB – Código Penal da Alemanha
STJ – Superior Tribunal de Justiça (do Brasil)
STJ/PT – Supremo Tribunal de Justiça (de Portugal)
StPO – *Strafprozeßordnung* (Código de Processo Penal da Alemanha)
STS – Sentença do Tribunal Supremo da Espanha
SWITF - *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*
TACRIM-SP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TC – Tribunal Constitucional de Portugal
TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal
TCIC – Tribunal Central de Instrução Criminal de Portugal
TCU – Tribunal de Contas da União (do Brasil)
TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TFUE – Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
TIR – Termo de Identificação e Residência (em Portugal)
TJAL – Tribunal de Justiça de Alagoas (estado brasileiro)
TJAM – Tribunal de Justiça do Amazonas (estado brasileiro)
TJCE – Tribunal de Justiça do Ceará (estado brasileiro)
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal (sede do governo brasileiro)
TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná (estado brasileiro)
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (estado brasileiro)
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (estado brasileiro)
TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (estado brasileiro)
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TRACFIN - *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRE - Tribunal da Relação de Évora
TRF1 – Tribunal Regional da 1ª Região do Brasil (com sede em Brasília/DF)
TRF2 – Tribunal Regional da 2ª Região do Brasil (com sede em São Paulo/SP)
TRF3 – Tribunal Regional da 3ª Região do Brasil (com sede no Rio de Janeiro/RJ)

TRF4 – Tribunal Regional da 4ª Região do Brasil (cm sede em Porto Alegre/RS)

TRF5 – Tribunal Regional da 5ª Região do Brasil (com sede em Recife/PE)

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRT13 – Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (com sede em João Pessoa/PB)

TRT15 – Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (com sede em Campinas/SP)

TSE – Tribunal Superior Eleitoral do Brasil

TST – Tribunal Superior do Trabalho do Brasil

TVA – Televisão Abril (emissora brasileira)

UE – União Europeia

UIF – Unidade de Inteligência Financeira

UNODC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

WWI – Primeira Guerra Mundial

WWII – Segunda Guerra Mundial

ZPO – Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil da Alemanha)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	28
I. BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS.....	31
1.1 Definições do branqueamento de capitais.....	31
1.1.1 Precisos terminológicas.....	36
1.1.2 Branqueamento em sentido amplo e em sentido estrito.....	38
1.1.3 Definição analítica do branqueamento de capitais.....	39
1.2 Bem jurídico tutelado.....	43
1.2.1 Conceito de bem jurídico.....	46
1.2.2 Críticas e propostas alternativas de legitimação e controle da incriminação.....	48
1.2.3 Bem jurídico vulnerado pelo crime antecedente.....	64
1.2.4 Bem jurídico vulnerado pelo crime de branqueamento.....	67
1.2.5 Pluriofensividade.....	80
1.3 Contornos da responsabilização subjetiva no branqueamento.....	82
1.3.1 Comparticipação.....	84
1.3.2 Autoria e coautoria.....	89
1.3.3 Cumplicidade.....	95
a) Conceito.....	97
b) Colaboração moral.....	99
c) Colaboração material.....	100
d) Limites da participação punível.....	102
1.3.4 Omissão penalmente relevante.....	104

a) Omissão imprópria.....	112
b) Posições de garante.....	112
c) Violação de regras administrativas de prevenção ao branqueamento...	114
d) Domínio do fato e elementos subjetivos na omissão imprópria.....	116
1.4 Prevenção do branqueamento de capitais.....	117
1.4.1 Deveres de cooperação dos setores não-financeiros sensíveis.....	119
1.4.2 Deveres de prevenção.....	131
1.4.3 Responsabilidades estatais de prevenção.....	132
1.4.4 Responsabilidades dos advogados e solicitadores.....	134
1.4.5 Hipóteses de exclusão de responsabilidades.....	140
1.4.6 Violação de obrigações e responsabilidade penal?.....	149
1.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	156
II. TEORIA DO TIPO E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO BRANQUEAMENTO	159
2.1 Dolo e seus componentes.....	159
2.1.1 Conhecimento.....	160
2.1.2 Vontade.....	169
2.2 Conhecimento e seus reflexos no branqueamento de capitais.....	171
2.2.1 Breves considerações sobre origem e essência do conhecimento.....	175
2.2.2 Formas do conhecimento.....	176
a) Intuição emocional.....	180
b) Intuição eidética.....	182
c) Intuição volitiva.....	186
2.3 Incidência do erro e da ignorância.....	196
2.3.1 Erro sobre os elementos do tipo.....	199
2.3.2 Erro sobre as proibições legais.....	203

2.3.3 Erro sobre as causas de justificação.....	210
2.4 O branqueamento segundo a dogmática penal brasileira e portuguesa.....	215
2.4.1 Tipificação objetiva do branqueamento.....	219
a) Em Portugal.....	219
b) No Brasil.....	229
2.4.2 Tipificação subjetiva do branqueamento.....	268
a) Em Portugal.....	268
b) No Brasil.....	279
2.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	319
III. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.....	322
3.1 A doutrina da <i>willful blindness</i> e suas origens.....	322
3.1.1 Precedentes históricos na Inglaterra.....	323
3.1.2 Precedentes históricos nos EUA.....	323
3.1.3 Advento do <i>Model Penal Code</i> e seus impactos na jurisprudência norte-americana.....	324
3.2 Abordagem contemporânea da <i>willful blindness</i> nos sistemas do <i>common law</i>	325
3.2.1 Equivalência à <i>recklessness</i> ?.....	329
3.2.2 Provocação do desconhecimento.....	331
3.2.3 Taxatividade das hipóteses de equivalência entre conhecimento e ignorância deliberada.....	333
3.2.4 <i>Willful blindness</i> vs. princípios da legalidade e da tipicidade.....	334
3.2.5 Valoração final e reflexões críticas.....	337
3.3 Cegueira deliberada no âmbito da <i>civil law</i>	338
3.3.1 Modelos distintos de imputação subjetiva.....	344
3.3.2 Compatibilidade com o direito continental.....	352
a) Exigência do conhecimento efetivo?.....	354

b) Dolo eventual e pena atenuada?.....	356
c) Cegueira deliberada <i>stricto sensu</i>	359
3.3.3 Dolo sem conhecimento?.....	363
a) Teorias volitivas do dolo.....	367
b) Teorias cognitivas do dolo.....	368
3.3.4 Desconhecimento propositado.....	370
a) Perspectiva tradicional.....	371
b) Perspectivas contemporâneas.....	374
3.3.5 Como provar a ocorrência do dolo?.....	376
3.4 Cegueira deliberada e seus elementos conceituais.....	378
3.4.1 Concepções de John Edwards e Ira Robbins.....	378
3.4.2 Concepções de Rollin Perkins.....	380
3.4.3 Concepções de Jonhatan Marcus.....	380
3.4.4 Concepções de Robin Charlow.....	381
3.4.5 Concepções de Douglas Husak e Craig Callender.....	383
3.4.6 Concepções de David Luban.....	383
3.4.7 Concepções de Ragués i Vallès.....	384
3.4.8 Concepções de Luis Greco.....	385
3.5 Cegueira deliberada e atuação profissional dos advogados.....	387
3.5.1 UIF e os obrigados ao dever de cooperação.....	391
3.5.2 Advogados e deveres de cooperação.....	395
3.5.3 Omissão dos deveres de cooperação e suas consequências jurídicas.....	397
3.5.4 Deveres de cooperação vs. sigilo profissional.....	412
3.5.5 Direito à livre escolha do defensor.....	417
a) Advogados na consultoria jurídica.....	418
b) Advogados na defesa administrativa.....	420

c) Advogados na defesa judicial.....	427
3.5.6 Momento de atuação profissional do advogado.....	428
a) Atuação prévia ao branqueamento.....	432
b) Atuação posterior ao branqueamento.....	449
3.5.7 Atuação dolosa do advogado.....	453
a) Dolo direto e sua caracterização.....	454
b) Dolo necessário e sua caracterização.....	455
c) Dolo eventual e sua caracterização.....	456
3.5.8 Recebimento de honorários maculados.....	458
a) Verba honorária como meio de branqueamento? (CP, art. 368º-A).....	463
b) Verba honorária como receptação? (CP, art. 231º).....	465
c) Verba honorária como favorecimento pessoal, em Portugal? (CP, art. 367º).....	468
d) Verba honorária como favorecimento real, no Brasil? (CPB, art. 349º).....	469
e) Verba honorária como contraprestação legítima?.....	470
3.6 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	474
IV. PROVA DO DOLO E SUA VALORAÇÃO.....	478
4.1 <i>Mens rea, culpability e Model Penal Code</i>	478
4.1.1 <i>Purpose</i>	480
4.1.2 <i>Knowledge</i>	483
4.1.3 <i>Recklessness</i>	492
4.1.4 <i>Negligence</i>	495
4.2 Dolo como qualificação não mensurável.....	496
4.2.1 Dolo psicológico e dolo puramente normativo.....	498
4.2.2 Elementos ou indicadores do dolo.....	506

4.2.3 Dolo eventual e assunção de riscos.....	515
4.2.4 Dolo eventual vs. culpa consciente.....	520
4.3 Cegueira deliberada e dolo.....	521
4.3.1 Dever de cuidado.....	529
4.3.2 Princípio de alta probabilidade.....	537
4.3.3 Dolo normativo como alternativa.....	545
4.3.4 Críticas dogmáticas.....	551
a) Problemática da conduta composta.....	552
b) Dever de cuidado, riscos permitidos e riscos proibidos.....	555
c) Subjetivismo da alta probabilidade.....	559
d) Os limites da legalidade.....	563
e) Positivação dos deveres de conhecimento.....	575
f) Fronteiras diante do erro de tipo.....	579
g) A proposta espanhola.....	584
4.4 Prova do dolo.....	593
4.4.1 O juízo fático no processo penal.....	594
4.4.2 Verdade como correspondência.....	597
4.4.3 <i>Standards</i> probatórios.....	602
4.4.4 Provas indiretas como evidência do dolo?.....	607
4.4.5 Intenção de lucro como evidência do dolo?.....	614
4.4.6 Ignorância premeditada como evidência de dolo eventual?.....	619
4.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	622
V. O SEGREDO PROFISSIONAL E OS ADVOGADOS.....	625
5.1 Do sigilo bancário ao segredo profissional dos advogados.....	625
5.2 Do segredo profissional.....	631
5.2.1 Fundamentos e interesses tutelados.....	635

5.2.2 O segredo profissional e sua proteção penal.....	639
5.2.3 Crime de violação do segredo profissional.....	647
a) No ordenamento jurídico português.....	650
b) No ordenamento jurídico brasileiro.....	652
c) No direito comparado.....	656
5.3 Advogados e seus deveres deontológicos.....	657
5.3.1 O papel do advogado na sociedade.....	660
5.3.2 Estatuto jurídico dos advogados na Constituição do Brasil.....	664
5.3.3 Estatuto jurídico dos advogados na Constituição de Portugal.....	670
5.3.4 Dever de segredo vs. dever de informação dos advogados.....	674
a) Depoimentos testemunhais.....	677
b) Depoimento e justa causa.....	682
c) Processos administrativos.....	684
d) Requisições fiscais, policiais, ministeriais ou judiciárias.....	686
5.3.5 Advogados: entre o sigilo profissional e o dever de comunicação de atividades suspeitas.....	688
a) A resistência ao dever de comunicação em nome do dever de sigilo...	694
b) Sigilo por lealdade aos clientes ou aos honorários?.....	695
c) <i>Pecúnia non olet</i> ou melhor não saber a origem do dinheiro?.....	699
5.3.6 O Brasil, seus advogados e a prevenção ao branqueamento, de <i>lege ferenda</i>	700
5.4 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	703
VI. AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO.....	705
6.1 Ações neutras e suas implicações no recebimento de honorários profissionais.....	705
6.1.1 Considerações preliminares.....	711
6.1.2 A estrutura da cumplicidade.....	714

6.1.3 Cumplicidade por meio de ações neutras.....	721
6.2 Ações neutras e tipicidade objetiva.....	722
6.2.1 Teorias clássicas.....	725
a) Proibição de regresso.....	726
b) Adequação social.....	727
c) Princípio da confiança.....	730
d) Princípio da insignificância.....	732
6.2.2 Teorias modernas.....	735
a) Teoria dos papéis ou do rol social (Jakobs).....	736
b) Participação como solidarização com o injusto alheio (Schumann)....	738
c) Adequação profissional (Hassemer).....	739
d) Critérios quantitativos (Weigend).....	741
e) Ponderação objetiva dos interesses (Luderssen).....	743
f) Cursos causais hipotéticos (Lowe-Krahl).....	746
g) Cursos causais hipotéticos e proporcionalidade (Greco).....	749
6.3 Ações neutras e tipicidade subjetiva.....	752
6.3.1 Ausência de punição do dolo eventual (Otto).....	752
6.3.2 Necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal (Schild-Trappe).....	755
6.4 Ações neutras conforme as teorias mistas.....	759
6.4.1 Inidoneidade da proibição (Frisch).....	760
6.4.2 Conhecimentos especiais do agente (Roxin).....	765
6.4.3 Ampla ponderação de interesses (Wohleben).....	770
6.4.4 Juízo de periculosidade do favorecimento (Gorostiza).....	772
6.4.5 Prestações de importância existencial (Amelung).....	774
6.5 Ações neutras sob novos prismas.....	778

6.5.1 Wohlers.....	778
6.5.2 Puppe.....	782
6.5.3 Fonseca de Aguiar.....	784
6.5.4 Ferreira Leite.....	790
6.5.5 Outras concepções.....	794
6.6 Liberdades profissionais ou injustos puníveis?.....	796
6.6.1 Considerações preliminares.....	798
6.6.2 Delimitação do risco permitido.....	799
6.6.3 Limites à liberdade econômica ou profissional.....	805
6.6.4 Qual a função dos advogados na prevenção ao branqueamento?.....	807
6.6.5 Unidade da Constituição e eficiência do controle ao branqueamento.....	813
6.7 Reflexões críticas e conclusões provisórias.....	817
VII. CASOS PARADIGMÁTICOS DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E CEGUEIRA DELIBERADA.....	820
7.1 Considerações iniciais.....	820
7.2 Casos na abordagem jurisprudencial.....	821
7.2.1 Casos nos EUA.....	822
a) Caso <i>US vs. Campbell</i> (977, F.2d 854 - 4th Cir. 1992).....	822
b) Caso <i>US vs. Gonzalez-Lopez</i> (548 U.S. 140. 2006).....	826
7.2.2 Casos na Alemanha.....	829
a) Sentença de 06.01.2000 do Tribunal Regional de Hamburgo (OLG)...	829
b) Sentença de 04.07.2001 do Supremo Tribunal de Justiça Federal (BGH).....	832
c) Sentença de 30.03.2004 do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)	835
d) Sentença de 14.01.2005 do Tribunal Constitucional Federal (BverfG)	839
e) Sentença de 04.07.2006 do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)	845

f) Sentença de 28.07.2015 do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)	850
7.2.3 Casos na Espanha.....	854
a) Sentença do Tribunal Supremo nº 1459/2009.....	855
b) Sentença do Tribunal Supremo nº 130/2009.....	857
c) Sentença do Tribunal Supremo nº 1097/2014.....	867
7.2.4 Casos em Portugal.....	876
a) Acórdão TRL nº 2010/156/00.2IDBRG.S1.....	877
b) Acórdão TRP nº 2013/127/06.5IDBRG.P1.....	880
c) Acórdão TRL nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9.....	883
d) Acórdão TRL nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1.-3.....	886
e) Acórdão TRL nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3.....	888
f) Acórdão TRL nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5.....	896
g) Acórdão STJ nº 2023/333.14.9TELSB.L1-3.....	900
7.2.5 Casos no Brasil.....	904
a) Caso “Banco Central”.....	905
b) Caso “Consultoria fantasma”.....	908
c) Caso “Oliveira Neves”.....	911
d) Caso “Márcio Thomaz Bastos”.....	915
e) Caso “Tacla Duran”.....	917
f) Caso “Fecomércio-RJ”.....	921
7.3 Reflexões crítica e conclusões provisórias.....	925
CONCLUSÕES.....	927
REFERÊNCIAS.....	939

ELEMENTOS INFORMATIVOS ONLINE.....	1016
JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO.....	1033

INTRODUÇÃO

É juridicamente possível imputar ao profissional liberal, tal como advogados, contadores, ou corretores de imóveis, coautoria ou cumplicidade no crime de branqueamento de capitais, quando estes recebem vultosos honorários maculados de algum cliente que, na verdade, é autor de crime antecedente? É possível afirmar tal adesão ao propósito delitivo do “cliente”, mesmo sem que o advogado ou contador disponham de conhecimento seguro sobre a origem ilícita dos ativos financeiros recebidos? Ou estariam eles praticando apenas uma ação neutra? Ao receber, a título de honorários profissionais, bens ou recursos financeiros oriundos de atividade criminosa antecedente, o advogado ou contador (ou qualquer outro profissional liberal integrante de setor não-financeiro sensível) cometem branqueamento de capitais, receptação, favorecimento (pessoal ou real), ou o recebimento dos honorários maculados consiste em conduta penalmente atípica, ainda que reprovável sob o ponto de vista ético? Eis, portanto, o problema concreto a partir do qual foi construída esta tese.

O escopo principal do projeto de investigação científica voltado à construção desta tese não poderia ser outro, senão tentar descortinar, com isenção de ânimo e de influências ideológicas ou corporativas, quais os limites jurídico-penais da atuação dos advogados e de outros profissionais integrantes dos setores não-financeiros sensíveis ao branqueamento, quando recebem honorários maculados. É necessário aferir se tal conduta se mostra capaz de configurar autoria, coautoria ou cumplicidade no crime de branqueamento de capitais, ainda que o profissional destinatário de vultosos honorários maculados afirme o absoluto desconhecimento da origem ilícita dos ativos financeiros recebidos. É igualmente necessário investigar se o advogado, ou profissional que realiza consultoria, assessoria jurídica ou patrocínio de defesas nas esferas judicial ou extrajudicial, tem o direito de se portar com indiferença em relação à origem do dinheiro que lhe é pago, ou se assim procedendo, estará cometendo conduta penalmente típica (de branqueamento de capitais, de receptação ou de favorecimento, pessoal ou real), ou mesmo se sua conduta será socialmente adequada, e como tal poderá ser classificada com uma ação neutra.

Naturalmente não se pode olvidar que o relevo acadêmico se justifica a partir de duas premissas essenciais. A primeira delas é que, segundo estimativas do Fundo Monetário Internacional (FMI), o branqueamento de capitais alcança 5% (cinco por cento) do valor do

produto interno bruto (PIB) de cada Estado. A segunda indica que o esforço internacional voltado à prevenção e ao combate do branqueamento de capitais há de ser efetivo, e não apenas um protocolo de intenções abstratas, por vezes boicotado a partir de certos argumentos, tais como o dever de proteção do sigilo profissional, e o direito à livre escolha do defensor, como se estes fossem direitos absolutos, colocados acima do bem e do mal. Sob essa perspectiva, o trabalho será desenvolvido em sete capítulos, a saber: a) Branqueamento de capitais, b) Teoria do tipo e imputação subjetiva no branqueamento, c) Teoria da cegueira deliberada, d) Prova do dolo e sua valoração, e) O segredo profissional e os advogados, f) Ações neutras e branqueamento, g) Casos paradigmáticos de branqueamento de capitais e cegueira deliberada.

É oportuno salientar que os seis primeiros capítulos se destinam a apresentar os referenciais teóricos sobre temas que convergem para demonstrar que: a) a relevância do bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento de capitais somente poderá ser produzido com alguma eficácia se houver efetiva adesão às políticas de prevenção penal, por parte dos profissionais que integram os setores não-financeiros sensíveis, nomeadamente advogados e contadores; b) embora seja indubitoso que o dolo é composto por conhecimento e vontade, é necessário reconhecer que, sob certas circunstâncias, ignorância deliberada não é sinônimo de ausência de conhecimento, mas de conhecimento incompleto por vontade do próprio agente; c) o profissional que atua nos setores não-financeiros sensíveis, que ostenta conhecimentos especializados, e que é obrigado a aderir às políticas de prevenção ao branqueamento, por dicção expressa de lei, tal como os advogados, só podem se desvencilhar do dever de garante caso consigam a declaração de inconstitucionalidade do texto legal que lhes impôs tal ônus; d) inobstante a teoria da cegueira deliberada tenha surgido em países cujo sistema jurídico seja filiado ao *Common Law*, isso não implica dizer que a mesma seja incompatível com sistemas jurídicos próprios da *Civil Law*, conforme já restou reconhecido pelas Cortes Constitucionais da Alemanha, da Espanha e do Brasil; e) grandes expoentes da doutrina penal, tanto no Brasil, quanto na Alemanha, compreendem que o dolo está na cabeça do juiz, e não na cabeça do arguido, e isto indica que a presença do dolo na conduta do agente é inferida pela atividade interpretativa do julgador, a partir das provas coletadas pelas autoridades de investigação e de persecução penal, razão por que a mera alegativa de desconhecimento não se mostra suficientemente robusta para eximir o sujeito de responsabilidade penal, notadamente quando se trata de advogados e contadores, os quais integram setores não-financeiros sensíveis ao branqueamento, e que têm sido contemporaneamente instrumentalizados pelo crime organizado, precisamente por serem profissionais detentores de conhecimentos

especializados; f) o segredo profissional não constitui valor absoluto, tanto assim que legislações internas de diversos Estados autorizam a quebra dos sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático, bem como autorizam até mesmo medidas mais invasivas, tais como a busca e apreensão domiciliar, sob determinadas circunstâncias fáticas, quando tais medidas se mostram necessárias a uma eficaz colheita probatória; g) na medida em que os advogados são essenciais à Administração da Justiça, não parece razoável que busquem se eximir dos deveres de cooperação nas políticas de combate ao branqueamento de capitais, ainda que sob a invocação do sigilo profissional, do direito à livre escolha do defensor, ou mesmo sob a invocação de que estão a praticar meras ações neutras.

O último capítulo da tese foi dedicado ao exame da jurisprudência que versa sobre a possível prática de crimes de branqueamento de capitais, de forma dissimulada, mediante o emprego de condutas omissivas que revelam o artifício da cegueira deliberada. Para tanto, foram selecionados 24 (vinte e quatro) precedentes da jurisprudência dos Estados Unidos da América, da Alemanha, da Espanha, de Portugal e do Brasil, nos quais se verificam os seguintes traços comuns: a) prática de branqueamento de capitais; b) advogados, contadores ou outros profissionais liberais figurando no rol de investigados ou arguidos; c) negativa de conhecimento seguro sobre a origem ilícita do dinheiro empregado nas operações, ou no pagamento dos respectivos honorários e comissões; d) distanciamento voluntário de informações acessíveis que poderiam conduzir o profissional do setor não-financeiro sensível ao conhecimento seguro (certeza absoluta) de que estava se deixando instrumentalizar pelo crime organizado para favorecer ou realizar a conversão criminosa de dinheiro sujo em ativos limpos. Eis, portanto, o plano de investigação acadêmica a partir do qual almejamos alcançar algumas respostas possíveis ao problema inicial, e com isso, dar um pequeno contributo dogmático aos temas do branqueamento de capitais, da cegueira deliberada e dos honorários maculados que, não raro, nublam a visão e o discernimento de advogados, contadores e outros profissionais que integram os setores não-financeiros sensíveis.

Capítulo I

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

1.1 Definições do branqueamento de capitais

O branqueamento de capitais é tema dos mais recorrentes em estudos voltados ao combate do crime organizado, isto porque suas características típicas tornam mais difícil a tarefa de Estados e órgãos internacionais que se dedicam à persecução penal. Com efeito, a conduta de branqueamento pode se desenvolver mediante a ação de uma única organização criminosa atuando em países distintos, muitos deles reconhecidos como paraísos fiscais, mas pode igualmente ser perpetrado através do concurso de distintas empresas de comércio e de financiamento, ou ainda por meio de empresas de fachada, ou de indivíduos que atuam como “testas-de-ferro” ou “laranjas” dos verdadeiros titulares dos bens ou valores de origem ilícita.

É imperativo reconhecer que as cifras envolvidas são monumentais, tanto assim que o Fundo Monetário Internacional adverte que a lavagem de dinheiro pode alcançar até 5% do valor do PIB (produto interno bruto) de cada país². Demais disso, Luiz Régis Prado adverte que tal espécie de crime deu origem a um segmento de mercado, no qual atuam profissionais especializados em prestar consultoria e auxílio logístico para sua consumação³, dentre os quais, advogados e contadores. Paralelamente a isso, Rodolfo Tigre Maia alerta que sendo ineficaz a mera tentativa de convencimento alheio para inibir esse tipo de delito, se mostra forçoso o ataque por outro viés, desmantelando as condições objetivas da criminalidade⁴. Nessa esteira, Baltazar Júnior assinala que o instrumento mais efetivo tem sido a eliminação dos benefícios financeiros dos criminosos envolvidos no esquema de lavagem⁵. Contudo, as dificuldades no combate ao branqueamento de capitais crescem vertiginosamente ante o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e de transferência de dados, tais como

2 PINTO, Edson. Lavagem de capitais e paraísos fiscais. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

3 PRADO, Luiz Régis. Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 403.

4 MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

5 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (organização). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Abel Fernandes Gomes [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 18.

o SWITF6, o qual possibilita que o dinheiro seja convertido em impulsos elétricos, e assim viaje o mundo inteiro, na velocidade da rede mundial de computadores, e com frequente destino aos Estados reconhecidos como paraísos fiscais. Aliás, Raúl Cervini nos adverte sobre a transnacionalidade como característica típica do branqueamento7, característica esta que normalmente favorece sua íntima vinculação ao crime organizado, tal como apontam Peter Lilley8 e Antônio Sérgio Pitombo9. E paralelamente, outro instrumento largamente utilizado pelos criminosos tem sido a constituição de empresas do tipo *offshores*10, as quais são propícias ao branqueamento, conforme adverte Edson Pinto11, isto em função de três características principais: a) garantem o anonimato do beneficiário final, por força do sigilo bancário; b) não exigem a identificação prévia do cliente no ato constitutivo da empresa; b) aceitam a existência de ações ao portador emitidas por tais empresas.

Diante disso, o trabalho de investigação por parte das autoridades competentes se torna muito mais difícil, seja porque envolvem jurisdições estatais diversas, seja porque, quanto mais longo for o caminho do dinheiro, mais distante se torna a fonte delituosa de onde ele emanou. E como se não bastassem tais embaraços, a cada dia surgem novas modalidades de branqueamento de capitais, cada vez mais complexas e sofisticadas, a ponto de situar as organizações criminosas sempre alguns passos adiante das autoridades de persecução penal. Aliás, um dos mais comuns delitos antecedentes ao branqueamento é o tráfico de drogas que, além de ostentar imenso potencial lesivo às sociedades, gera estratosféricas margens de lucro, ocasionando aos criminosos um acúmulo de capital que lhes exige vigorosa movimentação financeira, e lhes confere igualmente a obtenção de um poder que rivaliza, senão mesmo supera, o poder de alguns Estados nos quais a organização criminosa atua. Como efeito deletério, tais Estados perdem sua soberania material e se convertem em “narco-estados”.

Pondere-se, todavia, que a terminologia “branqueamento de capitais” não é unânime, e sofre algumas variações, mesmo em Estados cujos ordenamentos integram o sistema da *civil law*. No Brasil, por exemplo, o tipo penal objeto deste estudo é tratado como “lavagem de

6 *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications* (Sociedade para Telecomunicações Financeiras Interbancárias).

7 CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 62-63.

8 LILLEY, Peter. Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais. Trad. Eduardo Lasserre. São Paulo: Futura, 2001. p. 17-18.

9 PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28.

10 *Offshores* são empresas financeiras e não financeiras localizadas em territórios de tributação favorecida.

11 PINTO, Edson. Lavagem de capitais e paraísos fiscais. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143.

dinheiro”¹². O vocábulo “lavar” deriva do latim *lavare*, que consiste em expurgar, purificar, reabilitar¹³, razão por que a lavagem de dinheiro (ou branqueamento de capitais) aponta para ideia de tornar lícito o dinheiro havido de atividades ilegais, para depois reintroduzi-lo no mercado, como se sua origem fosse lícita e idônea. Destarte, tomando em conta que o delito representa a “transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo”, alguns países utilizam palavras que etimologicamente traduzem o significado de limpeza ou assepsia. Portugal adota a expressão “branqueamento de capitais”; a Espanha utiliza *blanqueo de capitales*; a França e a Suíça fazem uso da expressão *blanchiment d’argent*; os Estados Unidos adotam *money laundering*; a Argentina emprega a denominação *lavado de dinero*; a Colômbia utiliza *lavado de activos*; a Alemanha reconhece o fenômeno como *Geldwäsche*; a Itália emprega a designação *riciclaggio di denaro*; ao passo que o México adota o termo *encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita*¹⁴.

Segundo Díez Ripollés, o delito de lavagem envolve atos que têm por alvo a reintrodução de benefícios obtidos por meio de atividades ilícitas ao sistema financeiro, de forma que seja impossível questionar juridicamente sua origem¹⁵. Assevera o jurista que são “procedimentos pelos quais se aspira a introduzir no tráfico econômico-financeiro legal os grandiosos benefícios obtidos a partir da realização de determinadas atividades delitivas especialmente lucrativas, possibilitando assim um desfrute daqueles juridicamente inquestionáveis”¹⁶. Isidoro Blanco Cordero¹⁷, por seu turno, apregoa que a lavagem de capitais pode ser definida como “o processo em virtude do qual os bens de origem ilícita são integrados ao sistema econômico legal com aparência de haverem sido obtidos de forma lícita”. Na mesma esteira, Pierpaolo Bottini leciona que o conceito básico de lavagem de dinheiro se densifica pelo “ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de

12 O legislador brasileiro optou por uma expressão neutra, eis que o termo “branqueamento” poderia ensejar conotação racista, conforme aludido na Exposição de Motivos 692/MJ, quando da criação da Lei nº 9.613/98.

13 Verbete “Lavar”. *Grande dicionário da língua portuguesa Larousse cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 562.

14 SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33.

15 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas*. In: *Actualidad Penal*. n. 32, set. 1994. p. 609.

16 Ibid., p. 609.

17 “El proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Navarra: Aranzandi, 2015. p. 93).

origem delitiva ou contravencional”¹⁸, ou seja, importa em dissimular sua origem a fim de lhes atribuir imagem lícita diante da sociedade e economia. De forma mais sintética e objetiva, Sanchez Rios aduz que o branqueamento pode ser tido como “o processo de introdução ao sistema financeiro do produto resultante dos delitos antecedentes”¹⁹.

Tigre Maia²⁰ adota o caminho oposto, e conceitua o fenômeno de forma detalhada, apontando pormenorizadamente os verbos nucleares do tipo, senão vejamos:

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

Para William Oliveira²¹ a lavagem de dinheiro pode ser definida por uma “pluralidade de comportamentos geralmente intrincados e fracionados, direcionados à conversão de valores e bens ilícitos em capitais lícitos e plenamente disponíveis por seus titulares”. Nessa mesma trilha Marco Antônio de Barros²² conceitua o delito como o “conjunto de operações comerciais e financeiras que buscam a incorporação, na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita para dar-lhe aparência legal”. E nas palavras de Mello Lima²³, a lavagem se caracteriza por todos os atos que tenham como objetivo encobrir a origem ilícita dos bens, ou seja, um “método destinado a escamotear os valores adquiridos pelo empreendimento de determinadas atividades criminosas, com o escopo de viabilizar a real utilização destes proventos”.

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

19 RIOS, Rodrigo Sánchez. Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-49.

20 MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro. Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 65.

21 CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra; GOMES, Luiz Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 320.

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

23 LIMA, Vinícius de Mello. Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014. p. 67-68.

Carla Veríssimo De Carli²⁴ adverte que, assim como todo crime econômico, a lavagem deve ser vista como um negócio que visa gerar lucro, mas que também tem custos, devido a sua natureza. Nesse sentido, conceitua o delito como o processo que legitima o capital espúrio a ser utilizado licitamente, não sem perdas inevitáveis, em razão do custo de produção das operações desse negócio. Na mesma linha de pensamento, Keith Oliver²⁵ define a lavagem de dinheiro como “a limpeza de importâncias ilegais para disfarçar a origem criminosa delas”, permitindo seu trânsito pelo sistema financeiro, com a aparência de serem legítimas. Andrei Schmidt²⁶, por seu turno, arremata que a lavagem de dinheiro consiste na “inserção de recurso de procedência ilícita na economia formal mediada pelo Estado, com aparência de licitude (mediante condutas de ocultação ou de dissimulação)”.

Na acepção de Baltazar Júnior²⁷, a lavagem de dinheiro é caracterizada pela desvinculação ou afastamento do dinheiro da sua origem ilícita, para que possa ser aproveitado. Aduz mais que a causa ensejadora deste tipo penal é a efetiva necessidade do criminoso em disfarçar a origem espúria da alentada massa de recursos financeiros que auferiu em sua atividade delitiva, e para disfarçar a origem nefasta desse dinheiro precisa conferir-lhe uma aparência lícita, a fim de poder aproveitar os ganhos ilícitos, notadamente porque o móvel de tais crimes é precisamente a acumulação material. Aliás, cumpre reconhecer que, no plano da doutrina espanhola, os conceitos do branqueamento de capitais não se distanciam muito daqueles manejados no Brasil. Exemplo disso é a definição de Fabián Caparrós²⁸, que afirma se tratar de um processo tendente a “*obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad*”.

Já os organismos internacionais empenhados na repressão do branqueamento de capitais ostentam definições próprias do crime. Conforme a *International Police Organization*²⁹,

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

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

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

27 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 405-406.

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

29 “Any act or attempted act to conceal or disguise the identity of illegally obtained proceeds so that they appear to have originated from legitimate sources”. International Police Organization – Interpol. Money

lavagem de dinheiro é “qualquer ato ou tentativa de ocultar ou mascarar a obtenção ilícita, de forma que aparente ter sido originado de fontes legítimas”. Já para o Fundo Monetário Internacional³⁰, a lavagem de dinheiro representa “o processo pelo qual a fonte ilícita de bens obtidos ou gerados pela atividade criminal é ocultada para mascarar a conexão entre os capitais e o delito original”.

Impõe-se reconhecer que, na doutrina brasileira, inexistem grandes discussões acerca da conceituação do delito de lavagem. Quanto a isso André Callegari³¹ pontua que a definição do tema está vinculada à tipicidade penal inscrita no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98. Segundo tal dispositivo, no Brasil, o crime de branqueamento consiste em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de infração penal. E pelo menos até a edição da Lei nº 12.683/2012 havia um rol taxativo de crimes ditos antecedentes, dentre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; o crime de terrorismo e seu financiamento; o crime de contrabando ou tráfico de armas, dentre outros especialmente gravosos.

1.1.1 Precisações terminológicas

Vitalino Canas adverte, contudo, que a terminologia “branqueamento de capitais”, além de vulgar, corresponde a uma terminologia corrente e legal, tanto em Portugal quanto em outros Estados, e ainda em normas internacionais³². Aduz mais que, a exemplo de expressões análogas (“lavagem de dinheiro”, “reciclagem de dinheiro”, etc.), o conceito de branqueamento de capitais se mostra terminologicamente deficiente, eis que não se adequa ao ilícito que pretende caracterizar. O jurista luso justifica sua posição advertindo que aquilo que está em causa é um processo relativamente difuso, e não um ato isolado, ou um conjunto de atos bem delimitados de ocultação ou dissimulação de recursos provenientes de atividades ilícitas. Portanto, aludir a branqueamento de dinheiro ou de capitais revela uma percepção

laundrying. Lyon, 2012. Disponível em: www.interpol.int/Crime-areas/Financial-crime/Moneylaundering. Acesso em: 20.11.2022.

30 “*Money laundering is a process by which the illicit source of assets obtained or generated by criminal activity is concealed to obscure the link between the funds and the original criminal activity*”. INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. *The IMF and the fight against money laundering and the financing of terrorism*. Washington, 30 mar. 2012. Disponível em: www.imf.org/external/np/exr/facts/aml.htm. Acesso em: 20.11.2022.

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

32 A expressão *money laundering* começou a ser usada nos EUA a propósito da estratégia das máfias americanas de adquirir e explorar, nas décadas de 1920 e 1930, negócios legais (inclusive lavanderias), para o fim de mesclar dinheiro adquirido licitamente com dinheiro oriundo do crime. (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 26).

reducionista, eis que no caso concreto podem ter sido alvo de dissimulação ou ocultação produtos de natureza diversa, tais como bens imóveis, por exemplo.

Ora, se é correto que os bens ou produtos de origem ilícita devem ter um valor convertível em dinheiro, se mostra igualmente certo que isso não os converte automaticamente em numerário. Assim, Vitalino Canas sugere que mais adequada seria conceituar o respectivo tipo penal como “dissimulação da proveniência ilícita de bens e produtos”, ou mesmo incorporar o rótulo assinalado no art. 23.9, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro, que aludiu à “conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos de proveniência ilícita”. Talvez por isso, a Lei n.º 11/2004, de 27 de março, conhecida em Portugal como “lei do branqueamento”, passou a designar o tipo penal em análise como “branqueamento de vantagens de proveniência ilícita”.

Há críticas no sentido de que, apesar do rompimento com a nomenclatura tradicional, a doutrina lusa jamais se afastou da expressão “branqueamento”. Além disso, a noção de “vantagens” não substitui de forma adequada a ideia de “bens e produtos”, entretanto, não se pode olvidar que a terminologia havida por redutiva continua a ser empregada nas Diretivas da União Europeia. Em todo caso, ainda que “branqueamento de capitais” não seja a melhor terminologia, o fato é que ela se consolidou na doutrina e na jurisprudência, e dificilmente será possível construir outra “etiqueta jurídica” para substituí-la, razão por que o termo branqueamento continuará a ser usado, inclusive neste estudo, como correspondente ao tipo penal cristalizado no art. 368º-A, do Código Penal português, inclusive por influência da Diretiva que inspirou sua transposição para o ordenamento luso, ainda em 2004³³.

Finalmente, e ainda no campo terminológico, cumpre relembrar que, para Eduardo Ferreira, o delito de branqueamento de capitais ou de vantagens é um crime derivado, de segundo grau³⁴, ou de conexão, segundo o magistério de Jorge Godinho³⁵, isto porque pressupõe não apenas o cometimento de uma conduta delinquente pretérita, como um alentado proveito financeiro espúrio que precisa ser branqueado. Demais disso, por influência da Diretiva nº 2001/97/CE e da legislação interna avulsa produzida pelo Parlamento português³⁶, tal conduta criminosa anterior costuma ser aludida pela doutrina portuguesa

33 Trata-se da Diretiva 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro, que deu nova redação a certas normas da Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991.

34 FERREIRA, Eduardo Paz. O branqueamento de capitais, In: Estudos de Direito Bancário. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 306.

35 GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 15.

36 Exemplificativamente: art. 33º, nº 1, do Decreto-Lei nº 275-A/2000, de 9 de novembro (Lei Orgânica da Polícia Judiciária); art. 2º, nº 2 do Decreto-Lei 325/95, de 2 de dezembro.

como “crime subjacente”. Todavia, são igualmente corriqueiras expressões análogas, como “crime principal”, “crime antecedente”, “crime precedente”, ou mesmo “crime de base”.

1.1.2 Branqueamento em sentido amplo e em sentido estrito

Segundo alguns ordenamentos jurídicos da Europa Continental o crime de branqueamento é classificado como delito patrimonial, de onde se extrai que nesse caso o bem jurídico protegido pela tipificação seria o patrimônio. Todavia, segundo Jorge de Almeida Cabral o ordenamento português não se inclinou nesse sentido³⁷, tanto assim que o art. 368º-A do Código Penal luso, que tipifica o delito de branqueamento, foi inserido no rol dos crimes contra a realização da justiça³⁸. Portanto, em Portugal o bem jurídico tutelado seria a boa administração da justiça, e não o patrimônio das eventuais vítimas. Apesar disso, Rodrigo Santiago adverte que houve alguma evolução de perspectivas sobre o tema, eis que inicialmente a tipificação do branqueamento foi influenciada pelo propósito de dar combate aos crimes subjacentes, especialmente o tráfico de estupefacientes, e assim tutelar o respectivo bem jurídico³⁹.

Embora essa preocupação nunca tenha verdadeiramente deixado de estar presente⁴⁰, Jorge Godinho adverte que ela foi se tornando secundária. Demais disso, com a ampliação do rol de crimes subjacentes essa concepção sobre o bem jurídico a ser protegido se mostrou insuficiente, pois já não se admite que o bem jurídico protegido pelo branqueamento seja idêntico àquele do delito anterior. Com efeito, o branqueamento de capitais vulnera de modo autônomo bens jurídicos próprios, que não podem ser confundidos com aqueles tutelados pela

37 CABRAL, Jorge de Almeida. O crime de branqueamento de capitais, In: *Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancário: Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa*. Juan Carlos Ferré Olivé, Enzo Musco, et al. v. 2. Salamanca: Ed. Universidade de Salamanca, 2002. p. 77.

38 Conforme a exposição de motivos da proposta de lei nº 73/IX o branqueamento é, “em primeira linha um crime contra a administração da justiça, na medida em que a atividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente”.

39 SANTIAGO, Rodrigo. O branqueamento de capitais e outros produtos do crime, In: *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 387-389. Observa-se que na ocasião alguma doutrina já sustentava a autonomia estrutural do branqueamento e a diferença de bens jurídicos protegidos pelo branqueamento e pelo tráfico (GASPAR, Antonio Henrique. Branqueamento de Capitais, In: *Droga e Sociedade: o novo enquadramento legal*, José Niza (coord.). Lisboa, 1994. p. 132).

40 Inobstante as sucessivas ampliações do rol de crimes subjacentes, persistiu a ideia de que o combate ao branqueamento tinha especial importância no combate ao tráfico de drogas. Nesse sentido tem-se a “Estratégia Nacional de Luta contra a Droga”, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros nº 46/99, de 26 de maio; os “30 Objetivos da Luta contra a Droga e a Toxicodependência”, aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros nº 30/2001, de 13 de março; o “Plano Nacional de Luta contra a Droga e a Toxicodependência - Horizonte 2004”, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros nº 39/2001, de 9 de abril. (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 49 e ss).

incriminação do terrorismo, do tráfico de estupefacientes ou de espécies protegidas, ou mesmo do lenocínio, dentre outros crimes especialmente graves. Aliás, Godinho relembra inclusive que a proteção que a lei penal almeja conferir aos bens jurídicos tutelados por cada um desses tipos se esgota mediante sua tipificação e punição dos respectivos infratores, eis que a lesão ao bem jurídico protegido se opera na consumação do delito antecedente. Portanto, ainda que inócorra o posterior branqueamento de recursos ilícitos, o bem jurídico do crime pretérito já foi vilipendiado⁴¹.

De fato, o branqueamento de capitais poderá, no máximo, contribuir para o prolongamento da criminalidade subjacente, com a consequente violação dos respectivos bens jurídicos, e isso ocorrerá especialmente quando o branqueamento e o delito pretérito estiverem funcionalmente integrados de forma sistemática, tal como se verifica quando perpetrados por organizações que adotem o crime principal e o crime acessório (branqueamento) como uma espécie de *modus operandi* padrão, como etapas inseparáveis de um mesmo projeto criminoso, no qual o delito pretérito alimenta o branqueamento, e este retroalimenta a criminalidade subjacente. Contudo, ainda que esta seja a lógica de atuação da ORCRIM, isto não implica dizer que os bens jurídicos sejam os mesmos, tampouco que a tipificação do branqueamento almeje um mais robusto combate aos crimes subjacentes.

Aliás, prova da consistência desse raciocínio é que, não raro, se torna possível perseguir criminalmente o branqueamento porque o delito pretérito foi investigado e elucidado, e não o contrário. Portanto, a repressão ao crime anterior se converte em instrumento catalisador para repressão ao branqueamento de capitais. Demais disso, o sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro que vem sendo erigido por Estados e organismos internacionais, como o GAFI, por exemplo, normalmente tem sido mais intenso e severo que aquele dedicado à maior parte dos crimes subjacentes, e também daí se infere a iniciativa da política criminal em desatrelar o branqueamento de capitais do crime que o originou.

1.1.3 Definição analítica do branqueamento de capitais

Relativamente à delimitação do bem jurídico protegido pela incriminação do crime de branqueamento de capitais, há concepções monistas e plurais. A propósito das primeiras,

⁴¹ “Diferentemente da receptação, o branqueamento de capitais não representa sob qualquer ponto de vista, uma continuação da lesão do bem jurídico anterior, ou um estímulo a tal lesão, pelo que o bem jurídico protegido deverá ser encontrado de forma autónoma”. (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 130).

Roberto Podval advoga a tese de que o bem jurídico seria a administração da justiça⁴², sendo tal ideia complementada por Jorge Godinho, para quem a tipificação do branqueamento de capitais radica no princípio jurídico de que “o crime não compensa”, razão por que se legitima a pretensão estadual de confiscar as vantagens do crime, isto em razão de interesse supraindividual que é posto em perigo pelas condutas do branqueamento de capitais⁴³. Demais disso, e ainda na mesma trilha, Vitalino Canas⁴⁴ apregoa que o branqueamento representa um comportamento de obstrução à administração da justiça, através do dificultamento da investigação, da identificação e da punição dos infratores dos crimes subjacentes, comportamento esse que o direito valora autonomamente em relação ao bem jurídico protegido pela tipificação de cada um desses crimes.

Um ponto de consenso na doutrina é que o delito de branqueamento de capitais é umbilicalmente ligado à criminalidade organizada ou altamente organizada, a qual se converte em criminalidade empresarial, segundo nos adverte Jorge Godinho⁴⁵. Com efeito, tal espectro da criminalidade ameaça bens jurídicos estreitamente vinculados ao funcionamento e à estabilidade das instituições políticas, especialmente as democráticas. Por isso mesmo o produto do branqueamento realizado por grandes redes delinquentes, tais como as tríades, as máfias ou a yakuza, dentre outras, não raras vezes é destinado à corrupção das estruturas de decisão dos Estados. Além disso, tais recursos de origem deletéria costumam irrigar os grandes veículos de comunicação social, precisamente porque influenciam, e muitas vezes manipulam a opinião pública. Portanto, tem-se um cenário no qual o branqueamento de capitais configura evidente instrumento de perversão da democracia, razão por que sua tipificação penal se volta a tutelar o adequado funcionamento das estruturas políticas.

Em paralelo, Lourenço Martins, Nuno Brandão e Jorge Cabral defendem que os enormes volumes de recursos gerados pelo branqueamento de capitais, e que são movimentados pelas organizações criminosas no âmbito de sistemas financeiros globalizados, vulneram as economias nacionais e afetam a estabilidade da economia mundial ao sabor de

42 Defendendo que o bem jurídico protegido pela tipificação do branqueamento é a administração da justiça (PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 24, 1998. p. 140 e ss).

43 A tipificação do branqueamento de capitais radica no princípio jurídico “o crime não compensa” e visa tutelar “a pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime, um interesse supraindividual que é posto em perigo pelas condutas do branqueamento de capitais” (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 142-143).

44 CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17.

45 “É a criminalidade de tipo empresarial, assente num “ciclo econômico” ilícito, que dá visibilidade à questão do branqueamento de capitais” (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 36).

decisões pouco ou nada sustentáveis à luz da racionalidade econômica ou financeira⁴⁶, isto porque os recursos são injetados em determinado segmento da economia, mas logo em seguida são suprimidos, e com isso geram significativa oscilação nas bolsas de valores e nas taxas de câmbio. Por consequência, geram desequilíbrios que, nem o mercado, nem as instituições de regulação, conseguem compensar de forma tempestiva.

Na seara da microeconomia os efeitos do branqueamento se mostram igualmente deletérios, pois os investimentos de dinheiro lavado, seja na indústria, no comércio ou no terceiro setor, tornam impossível a concorrência feita por empresas que trabalham dentro da legalidade, eis que os empreendimentos turbinados pela lavagem de dinheiro criam lógicas pouco saudáveis, especialmente para as economias mais frágeis. Demais disso, até mesmo as instituições financeiras utilizadas para as grandes operações perdem credibilidade e capacidade de gerir sua própria vocação. Por consequência, é razoável admitir que o bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais seja a estabilidade, a transparência e a credibilidade do sistema financeiro e da própria economia.

Por outro lado, as concepções plurais se posicionam no sentido de que a tipificação e a punição do branqueamento não buscam salvaguardar sempre o mesmo bem jurídico, isto porque a tipificação do branqueamento derivado do crime de corrupção passiva perpetrado por servidores públicos ou agentes políticos se destina a impedir que os agentes públicos consigam dissimular ou ocultar o produto de seus crimes pretéritos, naturalmente em busca de se blindarem contra eventual persecução penal. Nessa hipótese, o bem jurídico protegido será a administração da justiça, a qual estará sendo vilipendiada pelo agente do crime que se empenha em executar o branqueamento.

Por outro lado, a tipificação do branqueamento subsequente ao cometimento reiterado e organizado de uma multiplicidade de crimes de alta rentabilidade, tais como o tráfico de drogas ou de armas, a fraude fiscal, a evasão fiscal, ou alguma outra espécie de criminalidade financeira que se destine a emprestar verniz de legalidade a uma significativa massa de recursos financeiros, seja para controlar setores vitais da economia e da política, seja para financiar atos de terrorismo, não se limitará a proteger apenas a administração da justiça. Nesse cenário a tipificação do branqueamento se destinará a salvaguardar os fluxos financeiros e econômicos, bem como a estabilidade das instituições políticas. Portanto, assiste

⁴⁶ LOURENÇO MARTINS, António. Branqueamento de Capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, v. 9. n. 3, jul./set. 1999. p. 453. No mesmo sentido: BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 20-23; CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 79.

razão a Goes Pinheiro⁴⁷ quando conclui que o branqueamento de capitais é um crime pluriofensivo, eis que sua tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos, e por sua natureza transnacional, volumosa e acentuadamente organizada, é possível asseverar que os bens protegidos são o funcionamento tanto dos sistemas políticos quanto dos sistemas econômico-financeiros de cada Estado.

Contudo, a depender da magnitude dos recursos lavados, o bem jurídico da boa administração da justiça continuará a ser mediata ou imediatamente tutelado, de vez que o branqueamento implementado de forma esporádica e pontual, por parte indivíduos que atuam sozinhos (tais como o pequeno traficante de drogas, ou aquele que trafica influências junto a algum agente público, ou mesmo o funcionário corrupto) também resultará em conduta penalmente típica, pois mesmo que o branqueador não almeje uma futura utilização perversa dos recursos financeiros, é certo que tenciona ocultar sua origem, e com isso estará dificultando o funcionamento da justiça. E em arremate, Oliveira Ascensão⁴⁸ destaca que não se pode excluir a possibilidade de que o branqueamento se volte a tutelar de forma mediata os bens jurídicos próprios dos crimes subjacentes. Aliás, tal multiplicidade de bens jurídicos protegidos encontra guarida nos números 2 e 3 do art. 368º-A do Código Penal português.

Com efeito, segundo observamos no nº 2 do dispositivo legal supra, uma das finalidades da incriminação é inibir que o autor ou participante das infrações subjacentes seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, e isso aponta em prol da defesa da administração da justiça. Além disso, o nº 3 do mesmo dispositivo penal assinala que a mera dissimulação da origem espúria das vantagens financeiras, assim como a ocultação ou dissimulação de sua verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, ou titularidade das vantagens, ou dos direitos, também será penalmente típica, e isto protege outros bens jurídicos.

Finalmente, frise-se que segundo a concepção de Lourenço Martins⁴⁹ o branqueamento não se caracteriza como um crime de dano, mas sim de perigo, eis que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido, mas tão somente um perigo dessa lesão. E para além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, posto que inexigível a aferição de perigo real ao bem

47 PINHEIRO, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização: facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 12. n. 4, out./dez. 2002. p. 606-607. No mesmo sentido: DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. Branqueamento de Capitais: o regime do DL 15/93, de 22 de janeiro, e a normativa internacional. Porto: Imprensa, 2002. p. 94-98.

48 Insiste no caráter instrumental da criminalização em relação a outras infrações que se pretende combater (OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Branqueamento de Capitais: reação criminal, In: Estudos de Direito Bancário. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 30-341).

49 LOURENÇO MARTINS, António. Ob. cit., p. 452. Sobre as classificações dos crimes, vale conferir SILVA, Germano Marques. Direito Penal Português. parte geral. t. 1, Lisboa: Universidade Católica, 1998. p. 30.

jurídico protegido em cada um dos casos examinados. Jorge Godinho aduz mais que se trata de um crime de mera atividade, e não de resultado⁵⁰.

1.2 Bem jurídico tutelado

Assimilar o conceito de bem jurídico-penal nos exige uma prévia percepção sobre a noção substancial do que seja um bem (*agathón*, em grego; *bonum*, em latim). O vocábulo “bem” deriva do verbo arcaico “*beare*”, que significa “causar felicidade”, de modo que há de ser compreendido como “bem” tudo aquilo que ostenta valor para o homem. Todavia, tais reflexões se ajustam aos bens materiais ou corpóreos, disciplinados pelo direito civil. Sucede que, para o que se busca neste estudo, o conceito de bem guarda relação com a palavra “*ousía*”, que representa o sentido de essência ou substância. Trata-se de um substantivo da língua grega, de origem do feminino do particípio presente decorrente do verbo ser (*εἶναι*), cuja tradução origina, tanto no latim, quanto no português, a concepção de algo que tenha substância ou essência em sua existência, em seu ser perante o mundo.

O conceito de bem voltado à formação do conteúdo do bem jurídico-penal está atrelado à ideia de substância, matéria, essência de algo, ou do ser. Nessa trilha, Nicola Abbagnano⁵¹ salienta que o “bem”, para Kant, somente é bem em relação ao homem em face do seu interesse. Por outro lado, a axiologia, enquanto filosofia dos valores, confere predicado às coisas, de modo que axiologicamente falando podemos dizer que o bem-jurídico penal representa, em alguma medida, o predicado de uma conduta humana que deve ser reprimida porque ofende a um valor importante para a coletividade. Demais disso, a corrente filosófica conhecida como finalismo⁵² delimita a função do direito penal como afirmação de condutas que conferem proteção ao bem jurídico. Portanto, o objeto material tem substância e não pode ser predicado. E sendo ele um substantivo, é perceptível a absoluta importância da substância e da essência, para a estruturação do conceito do bem jurídico.

50 GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 194-196.

51 ABAGGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 109.

52 O finalismo é uma doutrina que admite a causa final, ou finalidade, como explicadora e ordenadora dos acontecimentos naturais ou culturais. Para o finalismo todo o universo, na multiplicidade de seus fenômenos, humanos ou não humanos, tende para um fim imediato ou mediato, próximo ou longínquo, subjacente às manifestações concretas e isoladas de necessidade e de causalidade. Os finalistas vêm na finalidade a explicação do mundo e da vida, e admitem um plano do universo, originado por uma força, causa, princípio ou personalidade superior, arquiteto e criador, que é a causa suprema, exterior à natureza. Disponível em: <http://www.estudantedefilosofia.com.br/doutrinas/finalismo.php>. Acesso em: 14.11.2022.

Nicola Abbagnano⁵³ leciona que a essência se revela como “natureza” que compreende tudo que está expresso na definição das coisas; logo, não somente a forma, mas também a matéria como “*οὐσία*”, alma do conceito do bem jurídico. Daí resulta que o conceito e a noção de bem estão ligados àquilo que tem importância à utilidade e satisfação do ser humano. O bem tem relação com o que é útil, necessário, valioso, relevante, digno de consideração pelo homem, podendo ter ou não valor econômico, ser moral, espiritual, individual ou coletivo. A partir daí verifica-se a necessidade da noção de bem para extrair a ideia do conceito de bem jurídico-penal. E na mesma linha argumentativa, Válder Ishida⁵⁴ assinala que a concepção de bem está conectada essencialmente à noção de utilidade, como condição para satisfazer os interesses do homem.

Em regra, bem é tudo aquilo que tem importância para a sociedade, para um grupo, ou mesmo para o homem individual, independente do aspecto valorativo no prisma econômico. Com efeito, algo pode ostentar valor moral, espiritual, orgânico ou material. De fato, a noção de bem está estritamente vinculada à importância conferida pelo homem àquilo que reputa ter destaque e valor, segundo seus interesses, sejam eles individuais ou coletivos. O bem é consequência do valor dado ao que é importante para o homem. Assim, no aspecto econômico⁵⁵, o bem corresponde a tudo que tem utilidade e que tem o poder de satisfazer uma necessidade, além de suprir carências. Claro que este conceito de bem foi ordenado para atender um direito vinculado às relações jurídicas econômicas. Contudo, não se pode afirmar que o direito privado nutre um conceito de bem distinto daquele que se observa no direito público, eis que ambos os hemisférios se vinculam aos valores constitucionais. Destarte, o bem vida, o bem honra, o bem moral, o bem dignidade, o bem coisa, são todos bens protegidos, tanto pelo direito, quanto pelo direito público, e nesta seara se encontra inserido o direito penal.

Segundo as ideias de Aristóteles, Locke e Leibniz, todos defensores da teoria subjetiva, empírica, volitiva ou emocional, há hierarquia entre os bens, e nesta hierarquia os bens soberanos são os de natureza política e social. Kant, por seu turno, aderiu à teoria dos valores, intermediária entre a teoria subjetiva e a teoria metafísica, espiritualista ou idealista. Enquanto a teoria metafísica buscava identificar o bem com a própria realidade, a teoria subjetiva situava o bem no rol de benefícios almejados pelo homem. Kant e a teoria dos valores, por seu turno, identificavam o bem nos valores lógicos, estéticos, místicos, éticos e eróticos, tais

53 ABAGGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 362.

54 ISHIDA, Válder Kenji. Bem jurídico penal moderno. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 18.

55 SANDRONI, Paulo (Org.). Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Best Seller, 1999. p. 51.

como a verdade, a beleza, a santidade, a moral e o direito, o prazer e a felicidade, mas sua concepção sofreu a crítica de Nicolai Hartmann, o qual advertia sobre a indefinibilidade do bem⁵⁶. E na mesma linha seguiram, tanto a Escola de Marburgo, criada pelo filósofo alemão Windelband, para quem o bem é um valor, e como tal, desprendido do fato, da experiência, como também as concepções de Max Scheler, segundo o qual os valores são captados por uma intuição emocional, sendo objetivos e têm suas próprias leis⁵⁷.

A essência do que se considera bem, notadamente para a formação do conceito de bem jurídico, não pode ser desatrelada dos valores conferidos pela sociedade, e o valor é sempre um predicado, o qual sempre confere atribuições de signos positivos ou negativos a um determinado substantivo, portanto, consiste em valoração de condutas. Ademais, conquanto a cultura seja uma criação da sociedade, o valor consiste em conceito cultural que necessita ser separado do objeto material, tal como se observa no direito penal, quando realiza a diferenciação entre o objeto e o valor subsumido a este objeto. Nesse pormenor, Polaino Navarrete⁵⁸ preconiza que o bem deve ser entendido como tudo aquilo que for suscetível de conferir valor de modo individual ou coletivo, constituindo objeto idôneo de valoração jurídica. Há representação de um pressuposto lógico e um antecedente necessário a um bem jurídico, enquanto categoria normativa portadora de valor, e com isso, encontra-se a tutela jurídica voltada a proteger esse bem. Além disso, deve ser percebido como “bem” tudo aquilo que for suscetível de utilidade individual, ou que ostente valor coletivo. Nesse sentido, todo conceito socialmente estimado como “bem”, configura objeto idôneo de valoração jurídica, e por isso mesmo representa um pressuposto lógico e necessário do bem jurídico, enquanto categoria normativa portadora de valor.

Finalmente, é oportuno relembrar que, na dogmática penal, o interesse não é identificado com a categoria conceitual do bem, nem com a categoria do bem jurídico, pois a noção de interesse não reflete a condição ou propriedade da utilidade de um objeto para a satisfação de uma necessidade humana. Na verdade, o fim do direito penal não é tutelar o bem, mas tutelar bens jurídicos, e isso importa em tutelar valores. Portanto, a ideia de bem jurídico serve para atribuir significado a um bem, e a partir dessa premissa se constrói o tipo

56 HARTMANN *apud* FRANÇA, Ruben Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito. Edição comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, 1827-1977. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 396.

57 FRANÇA, Ruben Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva de Direito. Edição comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, 1827-1977. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 396.

58 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Buenos Aires: Mario Viera Editor, 2000. p. 320-329.

de injusto penal, seja na lavagem de dinheiro, seja em qualquer outra incriminação de conduta valorada negativamente.

1.2.1 Conceito de bem jurídico

No sistema finalista, Welzel propõe que a missão do direito penal não seja propriamente a defesa dos bens jurídicos, mas sim a defesa dos valores éticos-sociais⁵⁹. Todavia, não há como tangenciar a necessidade de proteção do bem jurídico, pois através dele são tutelados os valores elementares da consciência, os valores da conduta correta. Assim, entende-se ser impossível realizar a interpretação do tipo penal sem a ideia do bem jurídico, pois se é certo que o valor ético-social da ação se encontra no centro do finalismo, e por isso o fato punível decorre da violação de uma norma que cristaliza valores éticos da sociedade, é igualmente certo que o bem jurídico violado representa consequência do desvalor do resultado de uma determinada conduta ilícita, como o valor ético do comportamento avaliado.

De forma absolutamente objetiva, Roxin proclama que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos indispensáveis ao funcionamento da sociedade⁶⁰. Todavia, identificar os bens passíveis de tutela pelo direito penal já não se mostra tarefa tão simples, eis que os valores reputados importantes para a organização social são dinâmicos e mutáveis, razão por que geram alterações de paradigmas, os quais revelam certa claudicância na delimitação dos temas que devem influenciar a política no processo de elaboração da norma penal. Nesse cenário, Luís Greco reconhece que a dificuldade de delimitar os valores passíveis de tutela penal acabou influenciando parte da doutrina a admitir a falibilidade do conceito do bem jurídico, pela imprecisão do instituto⁶¹.

Contudo, mesmo imprecisa, a definição de bem jurídico mantém certa capacidade de rendimento dogmático, e a definição de um marco conceitual se mostra necessária, inclusive

59 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. 2. ed. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña e Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 68.

60 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 51. No mesmo sentido: Winfried Hassemer, História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: Revista da Procuradoria-Geral da República. n. 2, jan./mar. 1993. p. 204-239; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35; MIR PUIG, Santiago. *La perspectiva “ex ante” en Derecho penal*. Ob. cit., p. 9. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaPerspectivaExAnteEnDerechoPenal-46228.pdf>. Acesso em: 18.11.2022.

61 Sobre o estado atual da discussão: HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2007; GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, In: Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso. v. 2, n. 3, jul./dez. 2007. p. 249-276.

como critério negativo, para afastar a legitimidade da proteção penal de tudo aquilo que esteja fora dos parâmetros definidos, vale dizer, para condutas que não ostentem a necessária dignidade penal. Por outro lado, Bechara salienta que o bem jurídico constitui importante meio de interpretação teleológica, capaz de solucionar impasses dogmáticos diversos, como problemas de concurso de normas, de aplicação da lei penal no tempo, e de fixação de critérios para apuração da materialidade típica⁶². Roxin adverte, entretanto, que na fixação do marco conceitual e na determinação dos critérios que conferem a um bem a dignidade penal, é preciso recorrer ao referente maior do ordenamento jurídico, ao diploma que revela o modelo de organização político e social escolhido por determinada sociedade: a Constituição Federal⁶³, eis que nela estão fixados os parâmetros gerais que indicam a capacidade de determinado bem ou valor ser tutelado pelas normas penais.

Exemplificativamente, a Constituição brasileira preconiza, em seu art. 1º, o respeito à dignidade humana e ao pluralismo, para coexistência de diferentes modos de vida e comportamento, todos protegidos de qualquer discriminação, desde que não interfiram na liberdade de autodeterminação dos demais membros da comunidade. Daí se infere que, segundo os valores estruturantes da sociedade brasileira, os bens jurídicos passíveis de proteção penal são somente aqueles essenciais à preservação e ao exercício da liberdade de autodeterminação do ser humano⁶⁴.

Polaino Navarrete⁶⁵ destaca a importância do bem jurídico como valor de coexistência humana, devendo ser base substancial para regulação jurídica da realidade social, razão por que é preciso contextualizar que a estrutura da organização estatal deve atender às necessidades dos indivíduos, colocando a pessoa e os direitos que lhe asseguram dignidade no alvo de atenções do Estado. Em semelhante linha de raciocínio, Pierpaolo Bottini⁶⁶ destaca que as normas penais podem proteger bens e valores individuais (vida, patrimônio, honra, liberdade sexual) ou coletivo (meio ambiente, ordem econômica), mas sempre de uma perspectiva antropocêntrica, sempre com o fim de preservar as condições ideais para o

62 Nesse sentido: HEFENDHEL, Roland. Ob. cit., 417; BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. Disponível em: www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/pdf/01/artigo1.pdf. Acesso em: 18.11.2022.

63 ROXIN, Claus Roxin. Ob. cit., p. 55.

64 “Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son utiles para el individuo e sua libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema” (ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 56).

65 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Buenos Aires: Mario Viera Editor, 2000. p. 319.

66 Sobre o caráter antropocêntrico do bem jurídico, vale conferir: BOTTINI, Pierpaolo. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, direito penal e gestão de risco, imputação objetiva e perigo abstrato, princípio da precaução. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 65; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ob. cit., p. 158.

desenvolvimento do homem e de sua capacidade de livre relacionamento social e econômico. Na mesma trilha, Roxin leciona que é através do conceito de bem jurídico, como elemento inerente à liberdade de autodeterminação, que se excluem da seara penal as meras imoralidades, as quais se mostram incapazes de afetar a dignidade humana *per se*⁶⁷. Além disso, mesmo que imprecisa, a definição de bem jurídico permite afastar a dignidade penal de valores que não a integram, fixa limites à produção legislativa na esfera da responsabilidade penal e oferece critérios para aferição da proporcionalidade das penas e para organização topográfica da legislação.

1.2.2 Críticas e propostas alternativas de legitimação e controle da incriminação

É necessário reconhecer, contudo, que a eficácia da teoria do bem jurídico vem sendo questionada há aproximadamente 10 (dez) anos. Nesse sentido, Roxin perquire se o conceito de bem jurídico ainda estaria apto a cumprir a função de padrão crítico e limitativo da intervenção legislativa. Pondera o jurista de Munique que, segundo a percepção de Jakobs e de seus discípulos, o direito penal não protege bens jurídicos, mas antes, a vigência da norma, contudo, a reafirmação da norma não é um fim em si mesmo, mas tão somente um instrumento destinado a contribuir para a prevenção à ocorrência de lesões reais, individuais e sociais. Entretanto, a razão estaria com Polaino Navarrete, ao assinalar que a norma não pretende proteger a si mesma, mas aos bens e valores nela contidos⁶⁸. Salienta que tanto os bens jurídicos individuais, quanto os bens jurídicos coletivos, em última instância, se destinam a propiciar o desenvolvimento do indivíduo, razão por que um comportamento que não ponha em causa as possibilidades desse desenvolvimento, não deve ser valorado como ilícito penal⁶⁹. E para densificar sua ideia de insuficiente dignidade punitiva, Roxin invoca seis exemplos legislativos ou jurisprudenciais que justificaram tal reflexão: a) a punição de condutas homossexuais entre adultos; b) a incriminação da posse de drogas para consumo próprio; c) a doação de órgãos entre pessoas vivas; d) a ocorrência de conduta incestuosa entre irmãos; e) a negação de acontecimentos históricos (a negação do Holocausto, por exemplo); f) a posse de pornografia juvenil. Ainda que de forma bastante sucinta, Roxin argumenta que apenas o penúltimo tema guarda suficiente dignidade punitiva, e relembra que

67 ROXIN, Claus Roxin. Ob. cit., p. 56.

68 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (dir.). Revista Portuguesa da Ciência Criminal. v. 23. n. 1. Coimbra: Coimbra, jan./mar. 2013. p. 10-11.

69 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 13.

o § 130, nº 1, do StGB, já penaliza a conduta de incitamento ao ódio contra parte da população⁷⁰, e logo em seguida rebate a crítica de Dubber, segundo os quais seus exemplos que reprovam o teste do bem jurídico seriam “exóticos ou obsoletos”. Quanto a isso, pontua que o único exemplo obsoleto seria a criminalização do comportamento homossexual entre pessoas adultas, eis que tal norma penal foi revogada ainda em 1969⁷¹, mas salienta igualmente que assiste razão ao argumento, no sentido de que não seria adequado solucionar o problema do negacionismo através de uma norma penal, salvo se estiver concretamente ameaçada a paz pública⁷².

Especificamente quanto ao direito penal econômico, Roxin minimiza o alcance da crítica feita por Achenbach contra a eficácia da teoria do bem jurídico, o qual entende que os bens jurídicos supraindividuais não estariam delimitados a partir de um critério seguro que permitisse distinguir tipos penais legítimos e ilegítimos. Argumenta que não se pode tangenciar o princípio da subsidiariedade da norma penal, o qual deve atuar em paralelo à teoria do bem jurídico⁷³. Sobre as críticas de Stratenwerth acerca da teoria do bem jurídico, opõe três argumentos: a) ainda que a maioria da população não tolere determinado comportamento, isto não justificaria sanção penal se ninguém for afetado em seu livre desenvolvimento; b) caso afastado o critério de ofensa ao bem jurídico, numa sociedade multicultural, será difícil estabelecer um “consenso fundamental”; c) o único “consenso fundamental” da sociedade é que cada um possa se desenvolver livremente, desde que não prejudique o livre desenvolvimento dos demais indivíduos⁷⁴. Acerca das críticas de Volk, segundo as quais o fim do direito penal seria a “proteção de sentimentos”, Roxin contrapõe que: a) a prevenção geral positiva não visa um efeito de estabilização e confiança de sentimentos e expectativas, pois os indivíduos devem poder confiar na garantia de sua segurança, desde que não ponham em causa idêntico interesse de outrem, de modo que uma proteção jurídico-penal que vá além disso apenas limitaria as liberdades individuais, e sem gerar qualquer efeito pacificador; b) uma fundamentação que não parta da ausência de ofensa a bens jurídicos, mas apenas dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade serviria apenas para substituir um postulado político-crimal claro por critérios inseguros⁷⁵.

70 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 18.

71 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 19.

72 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 23.

73 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 25.

74 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 27-28.

75 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 29.

Finalmente, Roxin adverte que: a) embora seja um dos críticos da teoria do bem jurídico, Dubber reconhece que a mesma ainda pode cumprir um importante papel construtivo na teoria geral do direito penal, além de oferecer critérios de orientação não vinculativa ao legislador e aos tribunais⁷⁶; b) Stuckenberg tem razão ao apontar como necessário indicar ao legislador os fins que ele deve prosseguir para incriminar condutas a partir de um discurso político-criminal coerente, mas, apesar disso, o legislador não está vinculado à criminalização exclusiva de condutas ofensivas a bens jurídicos, sob pena de que restasse malferida sua liberdade de ação própria de um regime democrático⁷⁷; c) por mais desagradável que possa parecer, não é possível vedar, à luz da Constituição, que uma maioria parlamentar criminalize condutas meramente imorais⁷⁸; d) somente será possível impor limites à tipificação penal de determinadas condutas com recurso ao princípio constitucional da proporcionalidade, em sua acepção da proibição de excesso, isto porque se encontra cristalizada a ideia segundo a qual reside na Constituição a necessidade e a possibilidade de uma teoria do bem jurídico como padrão crítico da atuação legislativa⁷⁹; e) o grande desafio consiste em determinar quando, e sob que pressupostos, poderia ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma penal que não ofenda a algum bem jurídico, eis que a teoria do bem jurídico não indica critérios materiais que devam ser incorporados pelo direito constitucional, e precisamente por isso os defensores dessa doutrina se socorrem do princípio da proporcionalidade⁸⁰.

Ainda no âmbito da doutrina alemã, Hassemer estabelece relevantes comparações entre o princípio da proteção aos bens jurídicos e o *harm principle*. Para tanto, argumenta que: a) existem três temas essenciais que devem ser examinados sob o prisma de ambos os princípios: a.1) a justificação da punição estatal, a.2) as consequências desta justificativa nas teorias das penas, a.3) a noção de interesses legalmente protegidos⁸¹; b) sobre o primeiro dos três temas, tendo em conta os fins preventivos e retributivos da pena, ao que parece o princípio da proporcionalidade parece se conjugar com o pensamento retributivista, razão por que os adeptos das concepções preventivistas costumam se valer da prevenção geral positiva como critério de orientação ao legislador⁸²; c) ainda que o legislador alemão tenha cometido falhas sistêmicas na disposição dos crimes na parte especial do StGB, ao agrupar na mesma seção

76 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 34.

77 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 35.

78 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 36.

79 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 37.

80 ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. Ob. cit., p. 38.

81 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods" (Rechtsgüterschutz): a German Perspective*. In: DU BOIS-PEDAIN, Simester Antje; NEUMANN, Ulfrid (orgs.). *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Portland: Hart Publishing, 2014. p. 189.

82 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 189.

tipos penais que, por vezes vulneram bens jurídicos distintos, o conceito de bem jurídico ainda se encontra bastante consolidado na doutrina e no discurso corrente dos advogados criminais⁸³; d) o princípio da defesa dos bens jurídicos e o *harm principle* estão intimamente relacionados, seja porque ambos compartilham os mesmos objetivos (liberdade, transparência, consistência e moralidade social), seja porque empregam meios semelhantes para alcançá-los⁸⁴; e) ambas as doutrinas ostentam caráter liberal e têm como objetivo central preservar a liberdade dos cidadãos perante o *jus puniendi* estatal, o qual deve encontrar limites⁸⁵; f) sem transparência o direito penal não será capaz de cumprir a tarefa de estimular a prevenção geral positiva, porque os cidadãos não terão uma compreensão adequada sobre os limites e razões da norma penal, e quanto a isso, tanto a doutrina dos bens jurídicos quanto o *harm principle* se mostram satisfatórios, contudo, este último atinge tal finalidade mais rapidamente na medida em que determina que o núcleo da lei penal só admita uma restrita quantidade de interesses jurídicos que possam ser penalmente incriminados⁸⁶; g) a modernização do direito penal tem implicado em indesejável expansão, seja através da criação de novos tipos penais voltados a proteger bens jurídicos um tanto abstratos, complexos e de conteúdo escasso (tais como o sistema de justiça interno, ou a confiabilidade dos sistemas informáticos, por exemplo), seja por meio da incriminação dos atos preparatórios, seja ainda por meio da ampliação dos crimes de perigo abstrato⁸⁷; h) relativamente ao objetivo de consistência, ambas as doutrinas (bem jurídico e *harm principle*) têm falhado em fornecer respostas similares a perguntas semelhantes, e essa fragilidade se mostra particularmente evidente tanto em relação aos *cibercrimes*, quanto em relação ao costume de tipificar penalmente condutas a partir de questões morais⁸⁸; i) a propósito da incriminação dos atos preparatórios, a doutrina dos bens jurídicos costuma recorrer aos critérios do dolo e da imprudência, ao passo que o *harm principle* tem adotado como critério a proximidade do dano, contudo, é necessário fixar um filtro seguro para distinguir os riscos tolerados dos riscos proibidos⁸⁹; j) quanto à moralidade social, assiste inteira razão a Welzel quando preconiza que a tarefa central do direito penal é proteger apenas os valores fundamentais da vida comunitária, notadamente porque a sociedade é manipulável, e por consequência, os valores morais por ela havidos

83 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 191.

84 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 192.

85 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 193.

86 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 195.

87 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 196.

88 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 197-198.

89 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of "Legal Goods"*. Ob. cit., p. 199.

como relevantes podem ser bastante voláteis⁹⁰; k) os comportamentos que não tenham suficiente dignidade punitiva para o direito penal deverão se objeto das atenções do direito administrativo sancionador⁹¹.

No plano da doutrina portuguesa, merecem atenção as reflexões ofertadas por quatro expoentes das ciências criminais, a saber, Jorge de Figueiredo Dias, José de Faria Costa, Paulo de Sousa Mendes e Rui Soares Pereira. O primeiro deles atribuiu à teoria dos bens jurídicos, ainda em 2009, o estatuto de princípio jurídico-constitucional implícito. O jurista de Coimbra buscou elucidar os limites da suficiente dignidade punitiva de condutas na seara penal a partir de precedentes emanados do Tribunal Constitucional lusitano, e para tanto abordou três temas: a) as cláusulas legais de interrupção da gravidez, rotuladas como “modelo das indicações”⁹²; b) a condução de veículo motorizado sem autorização legal⁹³; c) os crimes de perigo (rotulados como “direito penal do futuro”), e advertindo ainda para as especiais dificuldades inerentes aos crimes de perigo abstrato, além dos crimes ambientais, crimes de violação à propriedade industrial, crimes econômico-financeiros, além do terrorismo e da criminalidade organizada⁹⁴.

Na sequência de seu raciocínio, Figueiredo Dias abordou as incriminações relativas à deserção de membros da tripulação da marinha mercante (CPDMM, art. 132º), e ao enriquecimento ilícito (CP, art. 335º-A), os quais não passaram pelo filtro de constitucionalidade da Corte Constitucional portuguesa. Aliás, quanto a este último, restou cristalizado no Acórdão TC nº 179/2012 que “a incriminação do enriquecimento ilícito, tal como prevista na lei, visava punir os crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito e que, em consequência, não se encontrava ordenada à proteção de um bem jurídico claramente definido, antes servindo para proteger um qualquer bem jurídico indefinido”⁹⁵. Relembra mais que, segundo a crítica de Pedro Caeiro, o dispositivo que incriminava enriquecimento sem causa consistia em

90 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of “Legal Goods”*. Ob. cit., p. 202.

91 HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of “Legal Goods”*. Ob. cit., p. 203-204.

92 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. In: PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Mattos (dir.). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. v. 145. n. 3998. Coimbra: Coimbra, mai./jun. 2016. p. 252-253.

93 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 255.

94 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 256.

95 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 257-258.

“homenagem póstuma a um bem jurídico desconhecido”⁹⁶. Ponderou ainda que “aquele que tem um património de origem desconhecida, incongruente com seus rendimentos lícitos, não está, por esse facto, a ofender um bem jurídico – embora possa tê-lo feito no passado, através da comissão de crimes fiscais ou outros, que devem ser por isso investigados e perseguidos”⁹⁷. E arrematou, asseverando que “o património sem origem lícita conhecida não equivale necessariamente a bens provenientes de crimes praticados pelo agente do Estado em detrimento do interesse público”, razão por que sua detenção não põe em perigo a credibilidade da administração, mas apenas a aparência da mesma.

Data maxima venia, não me parecem muito hígidos tais argumentos, tampouco me parece idônea a conclusão do Ac. TC nº 179/2012, eis que, por simetria de razões, os mesmíssimos argumentos poderiam ser manejados para declarar a inconstitucionalidade do art. 368º-A do CP português, e isto seguramente conduziria o Estado português a uma situação bastante desconfortável diante das diretivas da União Europeia sobre o tema.

Figueiredo Dias aborda ainda outros quatro temas que reputa serem hipóteses de duvidosa e controvertida constitucionalidade: a) o lenocínio⁹⁸, b) a importunação sexual⁹⁹, c) a posse de estupefacientes para consumo exclusivo, mas que supera a quantidade para consumo médio individual de dez dias¹⁰⁰; d) a hipótese de maternidade de substituição¹⁰¹.

Relativamente ao primeiro, dentre os quatro tipos penais supra, se afigura muito pertinente a reflexão de que o lenocínio não passaria de uma espécie de “paternalismo penal” pouco defensável à luz dos valores consolidados na CRP/76, eis que tal conduta somente poderia ser legitimamente incriminada quando atingisse o direito de outrem. Assinala com razão que “de outra forma teríamos uma situação absolutamente anormal e incompreensível: a de o direito penal, pretendendo tutelar o bem jurídico da eminente dignidade (sexual) da pessoa, sacrificá-lo ou violá-lo justamente em nome daquela dignidade”, nomeadamente

96 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 258.

97 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 258.

98 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 259.

99 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 261.

100 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 263.

101 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 263-264.

porque “pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição”¹⁰².

Finalmente, em suas conclusões, Figueiredo Dias assinala que: a) a ideia do bem jurídico como referente legitimador da intervenção penal não entra em conflito com a ideia de fundo, desenvolvida essencialmente pelo Tribunal Constitucional alemão, do dever estadual de proteção de bens jurídicos fundamentais, como título de legitimação material da intervenção penal; b) na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes (CRP/76, art. 2º), reside o marco essencial da ideia de um Estado de Direito; c) um dever estadual de proteção desligado da ideia de bem jurídico se mostraria inevitavelmente vazio de sentido e conteúdo, por carecer do referente essencial para a definição do rumo da ação protetora do Estado; d) pretender cavar um fosso intransponível entre um pensamento crítico das escolhas penais mediado pela proibição de excesso como princípio limitador das ingerências nos direitos fundamentais dos cidadãos e o pensamento do bem jurídico importariam em desconsiderar a raiz comum (de essência iluminista) que ambas as construções teóricas podem reivindicar para si, e que encontram lastro no ideário dos direitos fundamentais como direitos de liberdade diante do poder estatal; e) a dignidade penal e a carência de tutela penal, como corolários do princípio jurídico-constitucional do bem jurídico, não apenas guardam compatibilidade com o princípio da proibição de excesso, como representam igualmente lídimas expressões do seu modo de ser jurídico-penal; f) na medida em que a dignidade penal e a necessidade de pena são compatíveis com o princípio da proporcionalidade (em sua vertente da proibição de excesso), o princípio do bem jurídico permanecerá como fonte legitimadora do direito penal, pois o valor primário nele reconhecido deve ser capaz de orientar materialmente o conteúdo da norma incriminadora, e assim possa cumprir a função de padrão crítico da intervenção legislativa¹⁰³.

Poucos anos mais tarde, logo no princípio de 2013, José de Faria Costa também lançou suas reflexões sobre o bem jurídico. Ponderou que, excetuando uma ou outra posição autoritária, o direito penal se revela essencialmente como um direito de proteção¹⁰⁴. Além disso, sustenta que o bem jurídico-penal assume não apenas um papel sistemático-interpretativo, mas também uma dimensão crítico-liberal, eis que representa parâmetro para

102 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 261.

103 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. Ob. cit., p. 265-266.

104 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. In: PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Mattos (dir.). Revista de Legislação e Jurisprudência. v. 142. n. 3978. Coimbra: Coimbra, jan./fev. 2013. p. 158.

limitar a intervenção estatal na vida das pessoas. Além disso, adverte que os dois grandes contributos deste ente para racionalização do direito penal foram: a) distinguir o pecado, a imoralidade e o crime; b) chamou a atenção do legislador penal para a necessária orientação segundo as consequências de sua ação. Reconhece, contudo, que a progressiva desmaterialização do bem jurídico gerou tanto a volatilização do conceito, quanto uma profunda crise de argumentação legitimadora, esta última evidenciada na decisão do TC português sobre a carência de legitimidade do tipo penal que incriminava o enriquecimento ilícito, e na decisão do BVerfG, a qual recusara energicamente a ideia do bem jurídico e confirmara como legítima a incriminação do incesto¹⁰⁵.

Didaticamente e com o fim de avaliar o grau de higidez do princípio do bem jurídico, Faria Costa assinala três posições possíveis: a) reafirmar o bem jurídico como o único critério de limitação da dignidade de proteção penal; b) abandonar o bem jurídico e eleger outras categorias; c) conservar o bem jurídico, mas admitir de forma complementar a existência de outros objetos também dignos de proteção penal¹⁰⁶. Adiante, para melhor esclarecer a primeira alternativa, adverte que a proteção dos bens jurídicos supraindividuais deve ser realizada por outros ramos do ordenamento jurídico, evidenciando uma verdadeira concepção dualista¹⁰⁷. Todavia, sugere que a partir de uma teorização constitucional do bem jurídico, só os valores dotados de dignidade constitucional podem ser elevados à categoria de bens jurídico-penais, mas adverte que a identificação desses valores nem sempre constitui tarefa fácil, especialmente em espaços normativos impregnados da síndrome do pan-constitucionalismo¹⁰⁸.

Relativamente à segunda alternativa, consistente na eleição de outras categorias para substituir o bem jurídico, Faria Costa destaca que: a) são evidentes as fragilidades do funcionalismo sistêmico, eis que nele o direito penal se transformaria em mero instrumento de tecnologia social¹⁰⁹; b) a eventual substituição do bem jurídico por um “modelo de reconhecimento” se mostraria igualmente falha, eis que não indicaria o critério material apto a distinguir as situações de negação do reconhecimento recíproco, das hipóteses de mera

105 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 158-159.

106 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 159.

107 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 160.

108 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 161-162.

109 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 163.

negação de pretensões alheias, e diante da fluidez da ideia de lesão do mandado de respeito, enquanto critério de merecimento da pena, abriria portas para o ingresso de regimes penais autoritários¹¹⁰; c) a adoção de um modelo de “convicções valorativas unanimemente compartilhadas” também se mostra quebradiço, eis que nele o direito penal ficaria exposto à manipulação ideológico-partidária de grupos sociais com ascendência parlamentar, além do que o direito penal não poderia ter em seu núcleo uma mera regra de conduta, ainda que esta fosse majoritariamente aceita¹¹¹; d) substituir o princípio do bem jurídico por uma teoria de legitimação amparada nos direitos fundamentais, especialmente no princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também não representaria uma opção segura, pois dada a amplitude dos fins constitucionais, apenas os fins notoriamente inimigos da democracia e da dignidade humana poderiam ser eliminados, inclusive porque a legitimidade interventiva do direito penal exige o respeito ao horizonte de autodeterminação dos indivíduos¹¹².

Finalmente, quanto aos modelos de complementariedade, Faria Costa assinala que o princípio do bem jurídico poderia ser reforçado: a) pelo *harm principle*, o qual foi ampliado para abarcar não apenas condutas efetivamente danosas, mas também aquelas abstratamente perigosas, o que gera uma preocupante espiral de alargamento do objeto de proteção do direito penal¹¹³; b) por uma perspectiva de proteção da vida das futuras gerações (através da tutela do material genético, ou dos animais e plantas, por exemplo), mas sob esse prisma, seria mais coerente se livrar das amarras do bem jurídico e recorrer à ideia de regras de conduta, o que importaria não apenas em significativo distanciamento da ideia de liberdade, própria do direito penal do fato, mas também na dificuldade de delimitar quais, dentre as gerações futuras, mereceriam a tutela penal¹¹⁴; c) por uma espécie de “direito penal dos costumes”, segundo o qual o direito penal estaria excepcionalmente legitimado a tutelar certas regras de comportamento não suscetíveis de ulterior explicação, e nesse âmbito seria legítimo fixar uma proteção jurídico-penal dos animais, da natureza, como ainda incriminar a bigamia

110 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 164.

111 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 165.

112 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 166-167.

113 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 168-169.

114 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 170-171.

e o incesto, mas tal opção fracassaria ante a enorme dificuldade de identificar consensos morais em sociedades cada vez mais complexas e pluralistas¹¹⁵.

Nessa ordem de ideias, Faria Costa conclui que: a) a densificação, a substituição e a complementaridade da teoria da exclusiva proteção de bem jurídicos são tão racionais quanto a própria teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos, razão por que o direito penal precisa encontrar a racionalidade mais adequada analiticamente; b) ao contrário da ideia de densificação, as lógicas da substituição e da complementaridade da teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos pouco ou nada têm a oferecer a um direito penal de cariz liberal; c) a lógica da densificação terá utilidade desde que: c.1) respeite a autonomia das pessoas; c.2) seja capaz de identificar um bem jurídico digno de proteção; c.3) comprove a necessidade de tutela penal à luz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹¹⁶.

Mais modernamente, em 2021, as reflexões críticas sobre os contornos da teoria do bem jurídico ganharam dois valorosos contributos, ambos encartados num livro publicado em homenagem ao saudoso Professor Augusto Silva Dias. No primeiro destes trabalhos, Paulo Sousa Mendes traça relevante paralelo entre a doutrina do bem jurídico, de tradição germânica, e o *harm principle*, de tradição anglo-americana. Preconiza o nobre catedrático em ciências criminais da Faculdade de Direito de Lisboa que: a) os conceitos de bem jurídico e de ofensividade guardam grande semelhança na medida em que servem para desentranhar do direito penal os bens instrumentais, ideológicos ou morais, razão por que se mostram injustificáveis a incriminação de condutas como a prostituição, a pornografia, a homossexualidade e o incesto¹¹⁷; b) a aproximação entre as teorias do bem jurídico e do *harm principle* enfrentam três linhas de questionamento: b.1) a tipificação penal serve para reforçar políticas públicas que se mostrem ineficazes pela adoção de meras sanções administrativas ou indenizações civis; b.2) haverá uma tipificação penal legítima sempre que o legislador exercer sua discricionariedade tendo por foco o direito penal como *ultima ratio*, bem como a proporcionalidade na fixação da moldura penal punitiva; b.3) ainda que algumas tipificações penais cristalizem visões morais, certos comportamentos devem ser reputados social e institucionalmente ilegítimos, quando forem admitidos como um mal de dimensão pública no âmbito de uma comunidade aberta, liberal, plural e inclusiva¹¹⁸; c) para os defensores da

115 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 172.

116 FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito não liberal. Ob. cit., p. 173.

117 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. In: PALMA, Maria Fernanda (org.). Prof. Doutor Augusto Silva Dias *In Memoriam*. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 157.

118 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 158.

doutrina do bem jurídico (que remonta ao século XIX, e tem origem utilitarista), esta guarda sintonia com a máxima promoção de liberdade individual, desde que não malfira a liberdade alheia¹¹⁹; d) a doutrina do bem jurídico só ganhou fama de liberal, graças à Escola de Kiel, e ainda durante o nacional-socialismo, entretanto, desde o final da WWII, e até os dias atuais, tem evoluído rumo a um sentido cada vez mais estatista e coletivista¹²⁰; e) a inserção dos bens jurídicos supraindividuais impõe o risco de subtração do referencial objetivo do conceito de bem jurídico, tornando-o manipulável pelo legislador, e inútil ao julgador¹²¹; f) o fenômeno de expansão do direito penal, decorrente da ampliação do leque de bens jurídicos, tem aproximado tal doutrina do funcionalismo penal, o qual admite a tutela de quaisquer funções estatais¹²².

Procedendo a uma análise crítica do *harm principle*, argumenta Sousa Mendes que: a) tal princípio foi proposto por Stuart Mill, em 1859, e quase cem anos depois foi invocado como libelo em desfavor da incriminação da homossexualidade e da prostituição na Inglaterra e no País de Gales¹²³; b) Mill preconizava ser injustificável a intervenção estatal na vida privada das pessoas quando suas condutas não gerassem dano a outrem, pois, do contrário, o direito penal estaria tão somente impondo padrões de moralidade social, em desprestígio da liberdade e da autonomia individual¹²⁴; c) para o utilitarismo, o maior bem humano é a felicidade, a qual deve ser percebida como busca por bem-estar, e não por uma excelência moral¹²⁵; d) ainda que seja possível motivar as pessoas na direção do bem comum, mediante a ameaça de sofrerem um mal maior do que a frustração dos seus desejos pessoais, os utilitaristas entendem ser possível criar artificialmente certas condições exteriores à ação humana que promovam o princípio da máxima felicidade¹²⁶; e) segundo Mill, o truque reside em conferir aos indivíduos motivos egoístas para defenderem ou respeitarem direitos alheios, entretanto, isso tem o efeito colateral de conduzir as pessoas como um rebanho, e delas subtrair qualquer predicado de liberdade e consciência¹²⁷; f) Kant, o mais antiutilitarista filósofo de todos os tempos, defendia a ideia de que o indivíduo deveria ser o legislador de si mesmo, e que deveria agir segundo a máxima pela qual pudesse desejar que ela se tornasse

119 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 158-159.

120 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 161.

121 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 162.

122 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 163.

123 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 163.

124 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 164.

125 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 165.

126 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 166.

127 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 166.

uma lei universal¹²⁸; g) o problema do dever auto legislado reside na ilusão de que possam existir máximas universais para todos os dilemas morais, contudo, tanto as éticas deontológicas, quanto as teleológicas são elitistas, na medida em que pressupõem indivíduos ilustrados para que sejam concebidas¹²⁹; h) o direito penal promove as condições necessárias ao desenvolvimento autônomo e livre da personalidade humana no âmbito de uma sociedade aberta e liberal, e precisamente por isso é possível questionar a legitimidade da incriminação de condutas como a eutanásia, o auxílio ao suicídio, o lenocínio, a posse de material pornográfico com representação realista de menor, a ofensa à memória de pessoa falecida, a omissão de auxílio, a negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e a humanidade e os maus tratos a animais, ou o abandono de animais de companhia, dentre outros¹³⁰.

A propósito do funcionalismo, Sousa Mendes preconiza que: a) tal teoria sociológica maneja o direito penal como principal instrumento para combater as grandes ameaças ao ambiente, como se fosse um direito penal de *prima ratio*, em vez do tradicional direito penal de *ultima ratio* da tradição liberal¹³¹; b) o propósito de garantir a observância absoluta da legislação sobre proteção do ambiente aparenta derivar da velha ideia de garantir a plena efetividade de uma política da comunidade, e quanto a isso, se mostra oportuno recordar a controvérsia que existia entre o Conselho e a Comissão, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, sobre a questão da competência da Comunidade Europeia¹³²; c) a perspectiva funcionalista do direito penal, como instrumento de tutela de quaisquer políticas públicas, não se mostra muito distinta da teoria do bem jurídico, ou do *harm principle*, pois ambos falham diante da necessidade de impor limites ao direito penal e olvidam que tal ramo jurídico só pode ser utilizado pelo Estado com moderação e parcimônia, eis que as sanções penais representam a mais severa intrusão na esfera dos direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos¹³³.

Relativamente à teoria democrática mitigada pelo princípio da proporcionalidade, Sousa Mendes assevera que: a) na mesma linha de pensamento de Thomas Fischer, ex-juiz conselheiro do BGH, ao apreciar a constitucionalidade da incriminação do incesto (StGB, § 173), a Corte Constitucional alemã reputou o conceito de bem jurídico controverso e

128 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 166.

129 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 167-168.

130 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 169.

131 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 170.

132 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 170-171.

133 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 171.

inseguro, e a única voz dissonante quanto a tal entendimento foi a de Hassemer¹³⁴; b) segundo o BVerfG, o incesto gera uma sobreposição de papéis familiares e é suscetível de causar dano direto aos agentes da conduta proibida, bem como dano indireto aos demais membros da família, ainda que não se disponha de dados empíricos quanto a isso, contudo, não se pode tangenciar a existência de dados empíricos que estabelecem uma relação de causa e efeito entre o incesto e maiores possibilidades estatísticas de geração de filhos portadores de graves doenças hereditárias¹³⁵; c) nesse quadro, o BVerfG realizou um juízo de proporcionalidade entre os meios empregados e os fins da norma colocada sob escrutínio de constitucionalidade, e ao final entendeu ser ela constitucional, bem assim que a incriminação do incesto desempenhava uma função de prevenção geral estabilizadora da eficácia normativa¹³⁶; d) em contraponto, Hassemer se posicionou contrário àquele veredito porque; d.1) os sujeitos ativos do delito teriam crescido separados e teriam sido vítimas de um ambiente familiar degradado; d.2) o argumento da não potenciação de defeitos genéticos não apenas tinha cariz eugênico, como ainda promovia um inconcebível “direito de não nascer”, em detrimento do “direito de nascer doente”; d.3) uma convicção cultural e histórica de merecimento de pena não bastava como argumento legitimador da incriminação do incesto, sob pena de o direito penal se converter em instrumento de tutela das concepções morais da sociedade, em clara colidência com os princípios da proporcionalidade e da pena como *ultima ratio*¹³⁷.

Finalmente, a propósito das concepções concernentes a um modesto moralismo penal, Sousa Mendes argumenta que: a) o direito penal é uma instituição que promove as condições necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade humana, no quadro de uma sociedade aberta ou comunidade liberal, e por isso mesmo seu desiderato transcende o fim almejado pelas sanções penais, ainda que este deva incorporar a dimensão comunicativa do direito penal¹³⁸; b) segundo a percepção de Duff, os que chamam e os que são chamados à responsabilidade integram uma mesma comunidade, razão por que o processo penal deve tratar os arguidos como membros da comunidade e sujeitos às mesmas leis que os seus concidadãos, razão pela qual a finalidade comunicativa do direito penal conduz à defesa de um modesto moralismo jurídico¹³⁹; c) a proposta de Duff induz à impressão de que o arguido teria de concordar com sua própria punição no final do julgamento, caso rejeitadas as teses

134 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 171-172.

135 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 172.

136 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 173.

137 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 173-174.

138 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 174.

139 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 175.

defensivas¹⁴⁰; d) uma das dificuldades desta perspectiva residiria na inclusão dos estrangeiros que, a partir de uma visão ampliada de cidadania, devem ser respeitados e protegidos, mas devem ser igualmente sujeitos às leis nacionais, incluindo as penais, embora por vezes se beneficiem de um tratamento mais favorável quando atuam em erro não censurável sobre a ilicitude da conduta, nomeadamente em decorrência de severas diferenças culturais, mas nem por isso devem ser tratados como inimigos¹⁴¹; e) em sentido diametralmente oposto, é imperativo reconhecer que os indivíduos que optam por autênticas carreiras criminosas desafiam a concepção de um direito penal do cidadão, contudo, apesar disso, num sistema penal liberal nenhuma privação de direitos é ilimitada, assim como pena alguma poderá ser indeterminada ou vitalícia¹⁴²; f) na tentativa de compatibilizar suas concepções com a situação do terrorista, Duff sustenta que este não deve ser tratado como mero criminoso, mas como soldado inimigo numa guerra contra o terrorismo, e por tal razão deve ser submetido às leis de guerra¹⁴³; g) diversamente do pensamento do jurista norte-americano, Pawlik não considera o papel do processo penal no reforço dos laços de cidadania, e se limita a propor uma visão substantiva sobre os fins das penas criminais, tal como se opera na posição dominante da doutrina alemã, e com isso sugere uma nova versão de retributivismo penal que, em termos práticos, se confunde com a prevenção geral positiva¹⁴⁴; h) além disso, Pawlik distingue os deveres de respeito para com as outras pessoas dos deveres de garantir as condições reais fundamentais da existência pessoal, isto porque compreende as competências sociais dos cidadãos como deveres de respeito a norma básica de comportamento interpessoal, a qual os obrigam a não prejudicar o nível de integridade da esfera jurídica atribuída a cada cidadão¹⁴⁵; i) tais deveres de respeito implicam ainda mandados de neutralização se o cidadão, de forma imputável, criar ameaça a terceiros, através da organização perigosa da sua esfera de atuação, e isto justifica a posição de garante, a qual também pode derivar das particulares exigências do tráfico jurídico ou mesmo da assunção efetiva de comportamentos concludentes que visem proteção da esfera jurídica alheia, neste último caso como decorrência de uma espécie de proibição de comportamentos autocontraditórios em situação de perigo para a esfera jurídica de quem confiou na promessa de proteção¹⁴⁶; j) a tarefa fundamental do direito penal é

140 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 175.

141 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 176.

142 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 176-177.

143 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 177.

144 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 178.

145 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 178.

146 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 178-179.

assegurar que todos possam se conduzir segundo sua própria autonomia e visão de vida¹⁴⁷. Por tudo isso, Sousa Mendes conclui que a finalidade do direito penal é distinta dos fins das penas, qualquer que seja a teoria adotada, isto porque a função precípua do direito penal integral é contribuir decisivamente para a construção de uma memória conectiva dinâmica que ponha a salvo as condições de florescimento da personalidade individual, razão por que cada tipificação penal assume uma natureza modestamente moralista¹⁴⁸.

No segundo trabalho recente, igualmente publicado em 2021 no mesmo livro de homenagens acima referido, Rui Soares Pereira pondera que: a) ao bem jurídico se pode conferir um papel decisivo na legitimação da intervenção penal, pois sem a produção de uma ofensa comprovável a algum bem com suficiente dignidade punitiva, inexistirá motivo para a incriminação de uma conduta¹⁴⁹; b) alguns bens coletivos se encontram constitucionalmente consagrados (como o meio ambiente, por exemplo), enquanto outros não guardam liame com direitos fundamentais, mas, ainda assim, são merecedores da tutela penal pela conexão interna que têm com a dignidade humana¹⁵⁰; c) bens como a liberdade de concorrência, ou a credibilidade da formação de preços em bolsa, ou ainda a transparência dos mercados (ainda que sejam adotados como referente normativo de crimes e contraordenações antieconômicas), não devem ser tomados por bens jurídico-penais porque lhes falta a densidade pessoal indispensável para que a respetiva ofensa comporte um dano que signifique uma negação de reconhecimento do outro ou outros, como iguais¹⁵¹; d) o conceito de bem jurídico começou a perder a sua força expressiva com a pluralidade de teorizações modernas, muitas das quais circulares, e que ensejaram dúvidas sobre a capacidade do mesmo em controlar a atividade legiferante, ou para situá-lo num plano supralegal, razão por que certo segmento da doutrina passou a entender necessário que o direito penal acolhesse outros princípios para poder cumprir com suas funções protetoras¹⁵²; e) no espectro da expansão do direito penal se percebeu que, para além de bens jurídicos individuais, foram introduzidos bens comuns, nos quais podem estar inoculadas ideias morais, ou religiosas, ou mesmo de ordenação estatal, de molde a eliminar a evidente separação entre o direito e a moral¹⁵³; f) a partir da teoria do bem jurídico, o direito penal é essencialmente um sistema baseado na lesão de interesses (individuais ou coletivos) reputados relevantes, razão por que representa uma forma de

147 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 180.

148 SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. Ob. cit., p. 181.

149 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. In: PALMA, Maria Fernanda (org.). Prof. Doutor Augusto Silva Dias *In Memoriam*. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 184.

150 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 185.

151 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 186.

152 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 190.

153 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 196.

legitimar ou justificar as leis penais, que representam a mais severa forma de intrusão na liberdade dos indivíduos¹⁵⁴; g) dentre as principais vantagens derivadas da aplicação da teoria do bem jurídico se observam a ausência de déficit de legitimação do direito penal a valores meramente sociais ou utilitários, bem como a inadmissibilidade de uma expansão injustificada do direito penal¹⁵⁵; h) é necessário reconhecer alguma deficiência da teoria do bem jurídico no domínio da justificação, e por força disso Pawlik sugere que os problemas relativos ao instituto da legítima defesa sejam solucionados a partir de uma repartição de deveres entre o deficiente e o agressor, pois o que realmente importa ao direito penal não é proteger certa quantidade de objetos valiosos, mas regular as relações interpessoais, para salvaguardar a liberdade dos indivíduos com igualdade jurídica¹⁵⁶; i) na visão de Augusto Silva Dias, mesmo não sendo possível deduzir da CRP/76 quais seriam os bens jurídicos merecedores de tutela penal, é cabível sua reconstrução hermenêutica a partir do princípio da proporcionalidade (art. 18º, nº 2)¹⁵⁷; j) mesmo quanto aos bens coletivos, Silva Dias sempre: j.1) conferiu aos mesmos uma base antropocêntrica, por refletirem necessidades humanas fundamentais que todos devem preservar e defender; j.2) compreendeu que sendo tais bens suscetíveis de tutela penal, poderiam ser considerados autônomos, e não apenas instrumentais para a proteção de bens individuais; j.3) distinguiu claramente as ofensas aos bens supraindividuais das lesões aos interesses funcionais, a partir da percepção de que somente poderiam ostentar a condição de bens jurídicos penais aqueles que, se violados, gerassem dano para pessoas¹⁵⁸.

Conclusivamente, a partir das considerações críticas expostas pelos seis juristas acima referidos, tem-se que: a) inobstante algumas críticas quanto à insuficiência da teoria do bem jurídico, esta ainda se apresenta com um porto seguro para orientar a incriminação de condutas lesivas aos interesses individuais ou coletivos que detenham suficiente dignidade punitiva; b) há significativa convergência entre a teoria do bem jurídico e o *harm principle*, pois o escopo de ambas as construções é identificar valores caros à sociedade e salvaguardá-los de danos, mediante a ameaça de uma sanção penal; c) ainda que não seja admissível castrar a discricionariedade legiferante sem ofender os pilares de um Estado de Direito de feição democrática, é sempre possível aferir a dignidade punitiva de certas condutas humanas reputadas lesivas, mediante recurso ao princípio constitucional da proporcionalidade, cuja aplicação deve ter em conta inclusive os valores morais e éticos cristalizados pela vontade das

154 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 199.

155 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 199-200.

156 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 201-202.

157 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 202.

158 PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. Ob. cit., p. 203.

maiorias parlamentares; d) é virtualmente impossível eliminar por completo a incriminação de certos comportamentos a partir de critérios morais porque, segundo a concepção tridimensional de Miguel Reale, o direito (inclusive o direito penal), é composto por fato, valor e norma, e nas sociedades humanas é impossível valorar condutas sem recurso a alguns conceitos de essência moral; e) o mais caro valor que o direito penal almeja proteger é a liberdade das pessoas, e também aí se identifica um componente da moral, enquanto conjunto de valores, normas e noções sociais sobre o certo e o errado, sobre o proibido e o permitido; f) em pleno século XIX algumas nações ainda admitiam a escravidão humana, de modo que tal abominação era considerada compatível com os valores morais vigentes, contudo, assim como os valores morais evoluem, também o direito evolui, e condutas que outrora eram reputadas lícitas podem não apenas se converter em ilícitas, mas até mesmo em ilícitos penais.

1.2.3 Bem jurídico vulnerado pelo crime antecedente

Especificamente no campo do branqueamento de capitais, a identificação do bem jurídico protegido pela norma penal constitui tarefa dogmática de indubitosa relevância, pois, a depender dele, serão distintas as conclusões acerca da natureza do crime, de seus elementos, da abrangência do tipo e da extensão dos elementos subjetivos necessários à sua tipicidade. Aliás, até mesmo a solução de situações complexas de concurso de normas, e sobre a eventual incidência do *bis in idem*, em determinados casos, somente se mostrará possível a partir da identificação do bem jurídico tutelado. E idêntica necessidade se exibirá para análise da pena cominada ao crime de branqueamento, sob o matiz da proporcionalidade. Aránguez Sánchez e Blanco Cordero advertem ainda que um dos temas mais polêmicos e debatidos na seara dos crimes de branqueamento de dinheiro ilícito talvez seja a indicação e a natureza do bem jurídico protegido, eis que existem variadas posições doutrinárias sobre o tema¹⁵⁹.

No plano internacional, as primeiras iniciativas voltadas ao desenho de um marco legal sobre o branqueamento estavam atreladas ao combate do narcotráfico, razão por que o bem jurídico inicialmente eleito para tutelar a incriminação do lavado de ativos foi a saúde pública, posto que diretamente vulnerada pelo crime antecedente. Uma segunda geração normativa nessa seara ampliou o rol de crimes antecedentes, e por isso cristalizou-se a ideia de que o objeto de tutela normativa não se restringia à saúde pública, mas abrangeria igualmente todos

159 Aránguez Sánchez indica cinco distintas teorias (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 90) e Blanco Cordero assinala, dentre outras, a ideia de que a luta contra a criminalidade organizada configura substrato teleológico da norma de lavagem (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 188).

os bens jurídicos afetados pelos crimes anteriores, tais como o patrimônio, e a administração pública, dentre outros¹⁶⁰. Portanto, segundo Bajo Fernandez, a lavagem de cifras obtidos com o tráfico de drogas violaria a saúde pública, da mesma forma que a reciclagem de bens derivados da extorsão mediante sequestro lesionaria a liberdade individual e o patrimônio¹⁶¹.

É curial que tal posicionamento doutrinário se mostra mais compatível com a previsão legal de um rol detalhado e fixo de delitos antecedentes ao branqueamento. Destarte, considerando que o branqueamento de capitais e crime subjacente possam partilhar o mesmo bem jurídico, incumbe ao legislador a tarefa de indicar com precisão a lista de infrações passíveis de gerar produtos depuráveis por meio do branqueamento, especialmente porque a indicação genérica de qualquer delito como seu antecedente tornaria proibitiva a identificação dos bens jurídicos afetados por estes, e pela conduta branqueadora.

Variadas críticas são formuladas quanto ao partilhamento do bem jurídico entre a lavagem de dinheiro e o crime antecedente. À partida, questiona-se a legitimidade da criminalização de um comportamento que incide sobre um bem jurídico já atingido por uma conduta anterior. Ora, se o bem jurídico protegido pela norma incriminadora do branqueamento é o mesmo da infração antecedente ter-se-á uma situação de *bis in idem*. Demais disso, a punição ao branqueamento não deve ter foco no passado, mas ao contrário, deve guardar foco para a eventual afetação futura de bens jurídicos similares, especialmente se considerada a prevenção geral negativa, direcionada a inibir a repetição de condutas similares. Por outro lado, se a baliza a ser considerada pelo direito penal for a culpabilidade, cuja legitimidade punitiva busca amparo na relação direta do agente com o ato praticado, não se afigura adequado justificar a pena em um ato futuro do agente, ou de terceiros que estejam fora de seu controle imediato, eis que é indispensável a caracterização de um nexo psicológico entre ele e a lesão produzida. Tal punição em perspectiva, por possíveis atos futuros, também se mostra inapta a fundamentar o exercício do *ius puniendi*, pois movimenta a persecução penal a partir de uma situação de mera potencialidade delitiva.

Segundo as lições de Berdugo Gómez, uma segunda crítica possível do ponto de vista da construção da política criminal de combate ao branqueamento é que a estratégia central do enfrentamento destas práticas é a progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem,

160 MOLINA, Fernando. *Que se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien juridico problematico*. In: BACIGALUPO, Silvina; BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 122.

161 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*, 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramin Areces, 2010. p. 683.

para evitar que as dificuldades de apuração da autoria do delito original contaminem a persecução pelos atos de encobrimento dos bens dele procedentes¹⁶².

De fato, tanto as normativas internacionais, quanto os marcos legais internos de diversos Estados buscam desvincular o branqueamento do delito subjacente, e tomando como exemplo a norma brasileira, nela se observa que o processo e julgamento dos crimes de lavagem: a) independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento (Lei nº 9.613/98, art. 2º, II); b) pode ser deflagrado por meio de peça acusatória que venha instruída apenas com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (Lei nº 9.613/98, art. 2º, §1º); c) são puníveis as condutas tipificadas como branqueadoras, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente (Lei nº 9.613/98, art. 2º, §1º).

Destarte, se extrai a natural conclusão que os esforços legislativos conferem autonomia à lavagem de dinheiro do delito anterior, a ponto de restar entre esta e a infração precedente apenas uma relação de causalidade material. Por igual, a ideia da identidade dos bens jurídicos tutelados se afigura contrária a todo o movimento político-criminal de autonomia do branqueamento de capitais, tal como verificado nos mais diversos âmbitos. E para além disso, admitir que o bem jurídico que tutela o branqueamento seja idêntico ao do delito antecedente inviabilizaria a punição da autolavagem (*selflaundering*), praticada quando o autor da reciclagem é também o agente do delito pretérito.

Adotar tal entendimento importaria em admitir o lavado de ativos ilícitos como mero exaurimento do crime subjacente, ou ainda a absorção deste por aquele, seja pela aplicação do princípio da consunção, seja por força do instituto da continuidade delitiva. De toda sorte, a dupla incriminação importaria em caracterização de *bis in idem*. Com efeito, a segunda crítica parece encontrar eco na política criminal brasileira, pois ao inverso do que se observa na Alemanha e na Itália, ou Alemanha¹⁶³, a norma brasileira admite a punição do agente do crime anterior pela prática de branqueamento do dinheiro ilícito com ele obtido, e a jurisprudência brasileira tem corroborado a legalidade do concurso material nesses casos.

162 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *La emancipación del delito de blanqueo de capitales em el derecho penal español*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2010. p. 60.

163 O código penal italiano exclui expressamente o autor do crime antecedente do âmbito da lavagem de dinheiro (art. 648, bis). O mesmo ocorre no código alemão G 261).

Vale referir uma terceira crítica assinalada por Carlos Welter¹⁶⁴, que aponta para quebra de proporcionalidade na fixação da mesma pena para comportamentos que malferem bens jurídicos absolutamente distintos. Segundo a Lei nº 9.613/98, com as alterações que lhe foram inseridas pela Lei nº 12.683/2012, no Brasil todos os crimes e contravenções são antecedentes possíveis do branqueamento de dinheiro, desde os mais graves, tais como o contrabando de armas ou o tráfico de drogas, até os mais leves, como o furto, ou mesmo a contravenção penal do “jogo do bicho”. Portanto, se o bem jurídico tutelado pela incriminação ao branqueamento é aquele violado pela norma que tipifica o delito antecedente, as penas cominadas aos branqueadores também deveriam ser diversas, pois não se mostraria legítimo impor a mesma pena àquele que dissimulou recursos oriundos de extorsão mediante sequestro, e aquele que ocultou bens obtidos de uma mera contravenção penal.

Frise-se mais que o problema da proporcionalidade não pode ser solucionado pela aplicação concreta da pena, a partir da aferição das circunstâncias judiciais (CPB, art. 59) e outros critérios previstos na legislação penal, eis que a proporcionalidade relativa ao bem jurídico protegido pela norma é aquela própria da pena em abstrato. Portanto, a determinação da sanção concreta não guarda qualquer liame com a gravidade do delito em si, mas com aspectos outros, estranhos ao bem jurídico nuclear, tais como os motivos, a culpabilidade do agente, as circunstâncias e consequências do delito, dentre outras. Bem por isso, a dosimetria da pena não se destina a corrigir eventuais distorções de proporcionalidade que sejam derivadas da qualidade distinta do bem jurídico afetado.

Diante disso, não se afigura razoável admitir que o bem jurídico protegido pelas normas incriminadoras do branqueamento de ativos ilícitos seja o mesmo que foi lesionado pelo delito pretérito, e mesmo que se imponha uma relação entre os crimes (subjacente e de branqueamento), os bens tutelados serão materialmente distintos, razão por que há de se reconhecer autonomia ao lavado de ativos. Por derivação lógica, isso não apenas legitima a punição do branqueador pelo concurso material, como igualmente justifica a fixação da mesma pena para todos os casos de lavagem, seja qual for o delito original.

1.2.4 Bem jurídico vulnerado pelo crime de branqueamento

O tipo subjetivo do crime de lavagem de dinheiro é representado pelo elemento dolo, que, por seu turno, é composto pela consciência e vontade de realizar o tipo objetivo. E este

164 WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.) Lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2011. p. 153.

consiste em “ocultar” ou “dissimular” a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores que emanem, direta ou indiretamente, de infração penal, mas sem qualquer adesão à conduta caracterizadora do crime antecedente. Com efeito, no delito de branqueamento a consciência está finalisticamente direcionada a tornar seguro o fruto do crime pretérito, mediante a conversão do mesmo em valores que sejam formalmente aceitos pelo Estado como de origem lícita, para que possa tributar o montante inserido na ordem econômica financeira por meio do processo de lavagem, sem sequer questionar a origem, e assim proceder com esteio no princípio *pecunia non olet*.

Nas lições de Welzel, o objeto condiciona o método, não o contrário, de modo que os valores estão na essência das coisas, e não no entendimento do intérprete. Nessa trilha, Henrique Viana pontua que “o finalismo manteve a estrutura idealizada pela concepção tripartida do sistema de Liszt e Beling, mas fez adequação no conceito de conduta, compreendendo-a como uma ação consciente e finalisticamente orientada”¹⁶⁵. Welzel critica o subjetivismo epistemológico e o relativismo valorativo do Neokantismo, além de sustentar um objetivismo metodológico que concebe a ideia de que os valores residem nas coisas em si e não no intérprete, sendo o objeto condicionador do método¹⁶⁶. Além disso, Welzel insere o bem jurídico e sua lesão para que sejam analisados no âmbito da adequação social.

A consciência da lesão do bem jurídico deve estar presente no movimento final do agente. Assim, ao deslocar o aspecto subjetivo (dolo) para o tipo, nos moldes da teoria normativa pura da culpabilidade, e considerando que o bem jurídico está no tipo, enquanto objeto de proteção, isso nos impele a concluir que o bem jurídico definido não apenas é essencial para a existência do delito, como ainda é necessária a ocorrência de ação finalista voltada a atingir delimitado bem jurídico. Portanto, não se pode cogitar que o bem jurídico protegido pela norma penal do crime antecedente sirva como objeto de proteção para o fato posterior de branqueamento de ativos. Demais disso, na maioria dos Estados que incrimina tal conduta, o branqueamento de dinheiro é crime exclusivamente doloso, razão por que incumbe às autoridades da persecução penal revelar a prova do dolo, assim entendido como a consciência e a vontade do agente para realizar as condutas dos verbos núcleos do tipo, pois apenas mediante a realização da conduta do tipo, conscientemente voltada a um fim

165 PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários. 2014. 214p. Tese doutoral. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014. p. 112.

166 WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte geral*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956. p. 1-21.

específico¹⁶⁷, é que será possível ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

No âmbito de um Estado Democrático de Direito não é crível que a dogmática penal aceite que a lavagem de ativos admita variações de bem jurídico tutelado, que esse bem jurídico seja volátil e que possa variar conforme variem os bens jurídicos das infrações penais subjacentes. Quanto ao ponto, Welzel¹⁶⁸ assinala que a ação humana é um exercício de uma atividade final, de modo que a atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, não podendo, dessa forma, admitir que a ação de branquear ativos de origem ilícita seja delito por lesar um diferente bem jurídico, dependendo do fato antecedente. Aliás, é possível afirmar como constitucionalmente ilegítima a criminalização de um comportamento incidente sobre um bem jurídico já lesado em virtude de uma conduta já realizada, pois isto conduziria ao *bis in idem* na aplicação da pena do comportamento incriminado pelo delito subjacente. E a inconstitucionalidade se tornaria tanto mais evidente na hipótese da autolavagem. Com efeito, a superproteção do bem jurídico antecedente pela prática do processo de branqueamento não permite concluir que o lavador de ativos ilícitos estaria majorando a lesão ao bem jurídico do crime antecedente, tão somente por seu propósito direcionado a ocultar ou dissimular os valores, os bens ou direitos provenientes do comportamento criminoso pretérito. O branqueamento não pode representar a mera continuidade da lesão do crime subjacente ao seu processo, devendo haver uma análise jurídico dogmática isolada da conduta do agente perpetrador, inclusive para evitar eventual *bis in idem* quanto ao fato antecedente, nos casos de autobranqueamento. Aliás, admitir o contrário atribuiria indesejável elasticidade ao tipo penal anterior, eis que o privaria da segurança do tipo penal, conduzindo-o ao plano da inconstitucionalidade, por malferir os princípios da legalidade, da adequação social, e da vedação ao *bis in idem*.

167 Enquanto o dolo genérico é a vontade de praticar a conduta típica, sem nenhuma finalidade especial, o dolo específico consiste na vontade de praticar a conduta típica, mas com uma especial finalidade. Por isso, certa parcela da doutrina brasileira costuma utilizar o termo dolo para conceituar o dolo genérico, e o termo elemento subjetivo do tipo específico para definir o dolo específico. Nesse sentido, Nucci apregoa que “o elemento subjetivo do tipo específico é explícito quando se pode constatar a sua presença no tipo penal (subtrair coisa alheia móvel para si ou para outro, como no furto). É implícito quando, embora no tipo, não seja visível de pronto (é o caso dos crimes contra a honra), servindo de exemplo o crime de difamação; não há no tipo a especial vontade de prejudicar a reputação, o que se exige na prática” (NUCCI. Guilherme Souza. Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 305).

168 WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 31-32.

Antônio Welter¹⁶⁹ assinala com propriedade que não se pode conferir ao branqueamento a capacidade de malferir o mesmo bem jurídico violado pelo delito antecedente, eis que a lavagem de ativos não contribui nem agrava a violação ou lesão do delito do comportamento anterior. Vitalino Canas revigora o postulado de que o comportamento adotado no branqueamento é autônomo, não se confundindo com bens jurídicos tutelados pelo delito anterior. Portanto, a proteção que a lei penal quer fornecer aos bens jurídicos tutelados pelo tipo do delito antecedente se exaure na sua tipificação e punição, quando cometidos, havendo ou não branqueamento após a inicial conduta, a lesão ao bem jurídico já foi configurada¹⁷⁰.

Consoante frisado em linhas anteriores, certo segmento da doutrina sustenta que num primeiro momento histórico o branqueamento, como processo voltado a dar licitude formal ao produto do crime antecedente, teria surgido em decorrência do emergencialismo penal, tanto que primeiro se verificou a tipificação penal da conduta, para somente depois buscar-se um bem jurídico que pudesse ser reputado violado por sua prática para que fosse dogmaticamente justificado no âmbito da ciência penal. E considerando que num primeiro momento a lavagem de ativos estava atrelada ao tráfico de drogas, pareceu natural ou razoável defender a ideia de que o bem jurídico justificador de sua incriminação seria a saúde pública.

Em um segundo cenário surgiu a ideia de que o branqueamento de dinheiro violaria a administração da justiça, eis que tal ideia favoreceria a estrutura judicial e fiscal organizada para conter o crime antecedente, cujos frutos precisariam ser camuflados. Portanto, a lavagem de dinheiro serviria para dificultar a ação ou aparato judicial e fiscal organizado, voltado à aplicação da lei penal em relação aos crimes subjacentes. Todavia, há uma questão que exige reflexão. No âmbito da estrutura finalista, e dentro de um Estado Democrático de Direito, é possível incriminar uma conduta perpetrada sem consciência plena, por violar um bem jurídico denominado “administração pública”?

É certo que sem a tipificação penal realizada pela Lei nº 9.613/98 (no Brasil), ou pelo art. 368º-A do Código Penal português, o produto do crime anterior teria a destinação legal atingida com mais eficácia pelos agentes públicos que atuam em favor da justiça, todavia, Pedro Fonseca¹⁷¹ alega que, mesmo assim, não é possível atribuir ao agente o dolo, a consciência e vontade de lesar a administração pública pela simples escolha do legislador. Com efeito, ainda que um agente público venha a se corromper, e após obter vantagens

169 WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: CARLI, Carla Veríssimo De. (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: verbo jurídico, 2011. p. 153.

170 CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004. p. 16.

171 FONSECA, Pedro. Lavagem de Dinheiro: aspectos dogmáticos. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 360.

financeiras ilícitas em razão do exercício de seu cargo, resolva ocultar o dinheiro espúrio em algum paraíso fiscal, ainda assim a estrutura organizada pelo Estado para aplicar a lei a corruptos e corruptores, o investimento estatal em concursos públicos, ou no treinamento de agentes públicos, ou nos aparelhos e maquinários tecnológicos de contenção de delitos praticados contra o sistema financeiro não serão eliminados pela ação do branqueador, o qual não estará lesando conscientemente, e com clareza, a administração da justiça.

Todavia, em sentido oposto, Vitalino Canas¹⁷² apregoa que o bem jurídico tutelado no delito de branqueamento de capitais seria a boa administração da justiça, através da criação de dificuldades em relação à investigação quanto à identificação e punição dos agentes dos crimes subjacentes.

Ideia semelhante à defendida por Marcelo Mendroni¹⁷³, o qual admite a lesão da administração da justiça com a execução do processo de lavagem de capitais, esclarecendo que se trata o branqueamento de crime parasitário, pois depende da existência de outro crime, sendo, portanto, conduta de processamento de ganhos ilícitos que retira o potencial de aplicação da justiça em relação aos crimes antecedentes. Rodrigo De Grandis¹⁷⁴ também adota o mesmo ponto de vista, e igualmente proclama que o bem jurídico protegido na prática da lavagem de dinheiro é a administração da justiça.

No plano da doutrina portuguesa, o mesmo entendimento é esposado por Jorge Godinho¹⁷⁵, para quem o branqueamento de capitais afeta o bem jurídico da boa administração da justiça, nos mesmos moldes do favorecimento real, impossibilitando a punição dos responsáveis do delito antecedente. Posição semelhante é adotada por Paulo Sousa Mendes, que, ao dispor sobre os bens jurídicos vilipendiados pelo branqueamento de capitais, assinala que: a) ao nível macroeconômico, configura ameaça às políticas econômicas, pois emite sinais errados aos mercados e pode gerar instabilidades nos mesmos; b) ao nível microeconômico, provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, mediante o uso de empresas de fachada; c) ao nível político, ameaça a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado do direito democrático, eis que se associa à criminalidade organizada, de quem recebe proventos para corromper as

172 CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15-17.

173 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30-31.

174 DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo de. (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: verbo jurídico, 2011. p. 121

175 GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais. Coimbra: Almedina, 2001. p. 140-141.

estruturas de poder e os meios de comunicação social; d) ameaça igualmente a administração da Justiça, eis que dificulta a identificação e punição de autores, coautores e participantes dos crimes subjacentes; e) todos esses bens jurídicos são afrontados remotamente, por um tipo penal que configura mais um exemplo do chamado Direito Penal do risco, criador de crimes de perigo abstrato¹⁷⁶.

Somam-se aos juristas acima referidos: a) Palitot Braga¹⁷⁷, para quem o branqueamento lesa a administração da justiça, sobretudo em sua função de investigação e aplicação de pena aos delinquentes; b) Martínez-Buján Pérez¹⁷⁸; c) Bacigalupo Zapater¹⁷⁹; d) Pierpaolo Bottini¹⁸⁰, ao aduzir que a lavagem de dinheiro é processo de mascaramento que coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de justiça, por utilizar transações de alta complexidade para afastar o produto de sua origem ilegal e com isso impedir seu rastreamento pelas autoridades estatais, e assim impedir o satisfatório avanço das atividades de investigação e persecução penal.

O termo administração da justiça pode englobar a atividade do Poder Judiciário no trato diário de combate ao crime, ou o conjunto de aparatos do ponto de vista material e pessoal à disposição dos agentes públicos que investigam crimes. Segundo Palitot Braga¹⁸¹, tal expressão aponta para o atingimento de metas e finalidades do interesse do Estado, ao passo que Rodrigo De Grandis¹⁸² destaca que a expressão se refere a todos os comportamentos que tenham qualquer relação com o objeto final da justiça. E para Vitalino Canas, o termo se refere à boa estabilidade e ao bom funcionamento das instituições políticas, particularmente as democráticas¹⁸³.

176 SOUSA MENDES, Paulo de. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da harmonização europeia. In: *Católica Law Review*. v. 1. n. 3. Lisboa: UCP Editora, 2017. p. 134-135.

177 PALITOT BRAGA, Romulo Rhemo. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora. 2013. p. 74-75.

178 PÉREZ, Carlos Martínez-Bujan. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte especial. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2005. p. 496-498.

179 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Estudios comparativos del Derecho Penal de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido*. In: *España en la Europa Comunitaria balance de diez años*. Madrid: Centro de Estudios Ramn Areces, 1995. p. 451; DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 123.

180 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 89.

181 PALITOT BRAGA, Romulo Rhemo. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 75.

182 DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 121.

183 CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17.

Pierpaolo Bottini¹⁸⁴, por seu turno, sustenta que administração da justiça deve ser considerada como o exercício da atividade jurisdicional e de tudo quanto é instituto envolvido na solução institucional de conflitos na apuração de um fato considerado infração penal. Além disso, o festejado jurista brasileiro aduz que o branqueamento ostenta as características do delito de favorecimento (CPB, arts. 348 e 349), eis que sua prática afeta, em alguma medida, a capacidade da justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito. Argumenta mais que são postas em causa tanto a operacionalidade, quanto a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas. Não à toa, Luiz Régis Prado¹⁸⁵ afirma que no branqueamento se macula o desenvolvimento satisfatório da atividade de potestade judicial, isto sob a perspectiva de que a administração da justiça compreende tanto o exercício da atividade jurisdicional, como dos demais institutos voltados à solução institucional de conflitos, e na apuração de fatos necessário para tal¹⁸⁶.

Botinni argumenta que a ideia da administração da justiça, como bem jurídico tutelado pelo branqueamento, permite superar a vedação do concurso material entre o crime antecedente e a autolavagem, eis que em se tratando de bens jurídicos distintos, é possível o reconhecimento de dois crimes, ainda que no favorecimento real (“crime-irmão” do branqueamento), isso não seja admitido. Demais disso, se o bem jurídico protegido for a administração da Justiça, será admissível a uniformidade de penas, pouco importando qual seja o delito subjacente, pois, segundo o ordenamento brasileiro, a menor gravidade do ilícito inicial não afetará a natureza do comportamento posterior, que sempre colocará em risco o funcionamento do sistema de justiça da mesma forma. Reconhece, todavia, que alguns autores exigem a presença do dolo específico de afetar o funcionamento deste setor, e em regra, isso não se observa nos casos de branqueamento¹⁸⁷, mas rejeita a crítica argumentando que, nos casos em que o bem jurídico tutelado pela norma não é mencionado ou indicado

184 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 85.

185 PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal econômico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 713.

186 DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 121. No mesmo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de *Derecho Penal: parte especial*. Madrid. Ariel Derecho, 1986. p. 422.

187 Conforme Pitombo, a identificação da lavagem com o crime de favorecimento, sob o prisma do bem jurídico protegido, apresenta complexos problemas no âmbito do tipo subjetivo, indicando que “basta pensar, por hipótese, na lavagem de dinheiro motivada por lucro (lucro faciendi causa) que se aproxima mais da receptação (art. 180 do CP) do que do favorecimento real (art. 349 do CP)”. (PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 76).

expressamente no tipo, é desnecessário que o dolo o tenha por referência. Exemplifica sua posição através de dois crimes contra a administração da justiça: a) no delito de favorecimento (CPB, arts. 348 e 349) o agente almeja apenas ao lucro ou a satisfação pessoal; b) na denúncia caluniosa (CPB, art. 339) o agente tenciona apenas prejudicar o denunciado, sem a vontade direta de turbar o funcionamento da Justiça. Contudo, no plano do ordenamento português, já não se verifica uma autonomia de penas com a mesma amplitude, eis que dispõe o nº 12 do art. 368º-A do CP português que, “a pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

Segundo Pedro Fonseca¹⁸⁸, a administração da justiça pode ser todo o arcabouço que envolve a justiça na sua integralidade, contabilizando desde o aparato policial de perseguição até o cumprimento de decisões judiciais, além de admitir como tal as agências estruturadas pelo Estado para investigar, julgar e punir o agente que praticar comportamento considerado pelo legislador como conduta criminosa. Assevera ainda que a amplitude do conceito é patente e desestabilizadora de garantias e segurança, do ponto de vista finalista, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Acrescenta ainda se tratar de expressão perigosamente vaga que engloba qualquer relação com o objetivo também vago, amplo e impreciso do conceito de justiça, e carregada de insegurança, pela falta de limites conceituais, razão por que concluiu não ser possível aplicar o direito penal finalista em relação a um comportamento considerado crime por ofensa a um bem jurídico que não permite delinear os limites de suas fronteiras conceituais, podendo alcançar qualquer tipo de conduta, o que aproximaria o direito penal brasileiro ao direito penal protetor da norma, nos moldes do funcionalismo sistêmico de Jakobs¹⁸⁹, segundo o qual o desenvolvimento da dogmática encontra-se no interior do próprio sistema, e não se sujeita a limites externos, tais como aqueles impostos pelos princípios da insignificância, da fragmentariedade, e da proporcionalidade.

Ponderável parcela da doutrina se inclina no sentido de que o bem jurídico protegido pelo branqueamento seria a defesa da ordem socioeconômica, sendo esta a posição de Aránguez Sanchez¹⁹⁰. Na mesma trilha segue Moraes Pitombo¹⁹¹, e quanto a isso, argumenta-

188 FONSECA, Pedro. Lavagem de Dinheiro: aspectos dogmáticos. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 362-363.

189 JAKOBS, Günther. *Sociedad, normas y personas en un derecho penal funcional*. Trad. Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 1996. p. 25-28.

190 ARANGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. Ob. cit., p. 97; BARROS, Marco Antonio de Barros. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54; SOUZA NETTO, José Laurindo de Lavagem de dinheiro: comentários À Lei nº 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999. p. 61; BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 310-314; CALLEGARI, André Luís. Ob. cit., p. 82; OLIVEIRA, Willian Terra. Ob. cit., p. 323; BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidade organizada y blanqueo de dinero em Alemania*. In:

se que a afetação do regular funcionamento da economia pelo crime de branqueamento é robustecida pela existência de diversas recomendações de foros e institutos econômicos mundiais sobre o tema, além do que a previsão de sanções econômicas para Estados que não consolidem instrumentos de combate ao lavado de ativos seria um indicativo da relação íntima entre tais delitos e a ordem econômica.

Em semelhante linha de pensamento, José de Faria Costa proclama que “o bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento de capitais é, nada mais nada menos, que o bom funcionamento das regras de mercado”¹⁹². E para densificar seu pensamento, com destaque para a autonomia do crime de branqueamento em relação a incriminações análogas, o jurista português pondera que há questionamentos se determinadas infrações são ou não suscetíveis de ter um étimo comum, ainda que estejam situadas em zonas criminais diferentes, tais como os crimes de receptação e lavagem de ativos. Adverte que a grande diferença entre ambos é quantitativa, pois na receptação os montantes em causa são sempre extraordinariamente menores, se comparados ao mais comezinho branqueamento. Adverte, contudo, que o direito penal econômico gravita na zona de proteção preferencial dos bens supra individuais, ao passo que o direito penal patrimonial se volta à proteção de bens ou valores individuais¹⁹³.

Marcelo Mendroni¹⁹⁴, por seu turno, também defende a ideia de que o bem jurídico violado pelo crime de branqueamento seria a ordem econômico-financeira, desde que atinja o sistema financeiro como um todo, ou mesmo parcialmente, levando-o ao colapso ou criando embaraços ao bom funcionamento da economia. Todavia, em vigorosa crítica a tal posicionamento, Pedro Fonseca pondera que “não há como admitir que um único crime de lavagem de dinheiro pudesse afetar a ordem econômica brasileira injetando mais dinheiro na economia. Não podemos dizer que seria impossível nos dias de hoje, mas podemos afirmar que não seria plausível, e muito menos razoável, que isso acontecesse. Concluir que o crime de lavagem de dinheiro representa instrumento de violação de um bem jurídico intitulado ‘ordem econômica’ não passa de mero pensamento sem base científica”¹⁹⁵. Bem por isso, ter-se-ia um bem jurídico tão ou mais vago que a “administração da Justiça”.

Revista Penal. n. 2, 1998. p. 13; FÓPPEL, Gamil. Lavagem de dinheiro e atipicidade do crime antecedente, In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (org.). Responsabilidade penal na atividade econômico empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 261.

191 PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. Ob. cit., p. 83.

192 FARIA COSTA, José de. Direito Penal Económico. 1. ed. Coimbra: Quarteto, 2003. p. 36.

193 FARIA COSTA, José de. Direito Penal Económico. Ob. cit., p. 62-63.

194 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas. 2006. p. 31. No mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 54; ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. Ob. cit., p. 97.

195 FONSECA, Pedro. Lavagem de Dinheiro: aspectos dogmáticos. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 365.

Em reforço argumentativo, Fonseca alega que num Estado com tanta diversidade de fontes de renda, que conta com produção para exportação de bens manufaturados, de matérias-primas, de empresas produtoras de tecnologia, e com um robusto agronegócio, que ostenta a máquina inesgotável do turismo, além de tantas outras fontes de produção de capital, dificilmente teria sua ordem econômica atingida através da ocorrência de uma única modalidade delitiva, como o branqueamento. Nessa ordem de ideias, restaria imperativo admitir que a relevância penal do branqueamento dependeria de sua aptidão para afetar a ordem econômica, e isso provavelmente exigiria que a norma penal incorporasse conceitos econômicos um tanto voláteis.

Cumprir reconhecer que Marcelo Mendroni¹⁹⁶ arregimenta bons argumentos em defesa da ideia de que a ordem socioeconômica é um bem jurídico tutelável pelo delito de branqueamento. Pontua o jurista que “a astronômica quantidade de dinheiro lavado no mundo impacta na ordem socioeconômica em todos os níveis, atingindo empresas regulares por perderem estas a concorrência em vista das empresas que utilizam fundos provenientes das ações criminosas, pois conseguem ter capital suficiente para provocar outros delitos como a formação do cartel com outras empresas nas mesmas condições”. Argumenta ainda que o desemprego constitui efeito gerado pela lavagem de ativos ilícitos na medida em que o comportamento posterior ao delito agride as leis naturais da economia, especialmente a livre concorrência e a lei da oferta e da procura.

Palitot Braga esgrime argumentos igualmente respeitáveis quando assinala que “a ordem socioeconômica é o bem jurídico protegido pelo crime de lavagem de dinheiro, posto que os efeitos causados por este delito desacreditam as políticas econômicas, impõem regras de mercado e fomentam o poder das organizações criminosas, as quais, por sua vez, promovem a corrupção pública e privada, a instabilidade dos Governos e o descrédito nos sistemas políticos e econômicos dos Estados”¹⁹⁷. Na mesma esteira, Antônio Pitombo¹⁹⁸ esclarece que a reinserção de valores derivados de infrações penais na economia pode afetar a livre iniciativa, o sistema concorrencial, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo de capital e seu reinvestimento sem lastro em atividades e produtos, turbando o funcionamento da economia formalizada e o equilíbrio do ambiente econômico. E para além disso, a concepção de que o branqueamento viola a ordem socioeconômica se torna ainda

196 MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas. 2006. p. 31.

197 BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2013. p. 98-99.

198 PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. Ob. cit., p. 83.

mais robusta nas lições de Blanco Cordero¹⁹⁹, ao assinalar que as organizações criminosas investem até 40% (quarenta por cento) em suborno de autoridades, penetrando, com o dinheiro ilícito, no âmbito do poder público.

Pedro Fonseca²⁰⁰ se empenha em rebater tais argumentos ao asseverar que inexistem comprovação matemática ou estatística de que a lavagem de ativos espúrios desequilibra a ordem econômica, a qual pode ser desestabilizada por injeção de dinheiro lícito no mercado financeiro, por estratégia de investidores, ou agentes que atuam neste mercado, seja para alavancar empresas, ou fazer falir a concorrência. Aduz ainda que o capital sujo não pode ser considerado o desestabilizador da segurança das relações comerciais, como dizem os que defendem esta opção de bem jurídico para lavagem de dinheiro, até porque o próprio Estado aceita este capital e tributa suas operações utilizando o princípio *pecunia non olet*. E ainda discorrendo sobre a temática, invoca as lições de Mougenot Bonfim, para quem “o dinheiro e quem o detém é que dá o condão do poder que dita as normas de mercado, e não sua origem lícita ou ilícita”²⁰¹. Por outro lado, Fonseca alude ser possível branquear ativos sem injetar de dinheiro na economia, o que pode ser feito mediante compra de joias, de pedras preciosas, de obras de artes, de veículos ou imóveis de luxo, dentre outras formas. Demais disso, para desacreditar a tese em sentido contrário, invoca os argumentos de Palma Herrera²⁰², para quem a inserção de dinheiro reciclado na economia formal aprimoraria o ambiente do mercado financeiro, nele injetando novos recursos, pouco importando a origem lícita ou ilícita dos mesmos, eis que não deixam de ser ativos financeiros, e por isso serviriam como combustível para incentivar a produção, gerar empregos, aprimorar o mercado, fazer correr mais dinheiro de mão em mão, tornando o mercado mais rico e estimulando o consumo.

Relativamente aos limites dogmáticos do que seja ordem econômica, Luiz Régis Prado²⁰³ salienta tratar-se da regulação jurídica da intervenção do Estado na economia e também da regulação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Cunha Júnior²⁰⁴ assevera que, sob o prisma constitucional, a ordem econômica é um conjunto de elementos compatíveis entre si, ordenadores da vida econômica de um Estado, direcionados

199 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 223.

200 FONSECA, Pedro. Ob. cit., p. 368.

201 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Lavagem de dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 33.

202 PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitals*. Madrid: Edersa. 2000. p. 144.

203 PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

204 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 1057.

para um fim. Bernardo Gonçalves Fernandes²⁰⁵ aduz que ordem econômica decorre da garantia da vida digna, conforme os ditames da justiça social. Vital Moreira²⁰⁶ leciona que o termo ‘ordem econômica’ revela duplo sentido, sendo tanto um conjunto de normas que estruturam e determinam as relações econômicas, estabelecendo diretivas que atuam no plano do dever-ser, quanto um conjunto de práticas econômicas concretas ligadas ao plano do ser. José Afonso da Silva²⁰⁷ pontua que a ordem econômica constitucional tem relação com o conjunto de normas que tem por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das relações principais delas decorrentes. O eminente constitucionalista ainda adverte que, numa perspectiva histórica, o tema da ordem econômica ganhou vida jurídico-constitucional a partir de 1917, e no Brasil o tema veio a lume com a Constituição da República de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, na Alemanha.

A fim de explicar o marco temporal acima apontado, Bernardo Fernandes²⁰⁸ destaca que as Constituições concebidas a contar de 1917 passaram a contemplar normas sobre direitos econômicos, que não estariam mais restritos aos âmbitos do poder público e privado, e após a crise econômica de 1929, o Estado se viu ainda mais compelido a disciplinar as relações econômicas em seu texto constitucional.

Nesse cenário, Pedro Fonseca argumenta que “o conceito é fluido, ilimitado, podendo qualquer conduta que envolva aspecto negocial entre particulares, ou entre particulares e o poder público, se envolver no âmbito da ordem econômica, tornando este termo o ambiente propício para uma vastidão incalculável de operações sem possibilidade de formatar limites ao conceito exigido pelo sistema finalista”²⁰⁹. Sustenta ainda que tal imprecisão subtrai a necessária segurança que se impõe ao direito penal num Estado Democrático de Direito. Fonseca agrega mais que, a exemplo da imprecisão do conceito de administração da justiça, o conceito de ordem econômica seria destituído de segurança necessária para se compatibilizar com o finalismo penal, e assim poderia alcançar qualquer tipo de conduta, segundo os parâmetros do funcionalismo sistêmico. Sugere que a exposição de motivos do diploma legal incriminador do branqueamento estabeleça como bem jurídico a credibilidade e estabilidade econômica financeira do país, à luz do clássico conceito de Karl Binding, e que isto representa

205 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1033.

206 MOREIRA, Vital. A ordem juridical do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1973. p. 67-71.

207 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 786.

208 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1034.

209 FONSECA, Pedro. Ob. cit., p. 371-372.

tão somente uma criação de direito puramente estatal, sem amparo na realidade das questões ético sociais²¹⁰.

Frise-se que na seara do positivismo legal, Binding contribuiu para a formação do conceito de bem jurídico com base num viés formal, em que o Estado fornece o bem jurídico em virtude da norma. Em sua ótica, o bem jurídico é criação do legislador. Assim, adverte Cláudio Brandão que o Estado cria não apenas a norma, como também cria o bem jurídico que passa a tutelar²¹¹. Caso seja admitida essa concepção, no âmbito brasileiro o bem jurídico da lavagem de ativos seria tanto a ordem econômica, quanto a credibilidade e estabilidade econômico-financeira do país, isto por dicção do conteúdo da exposição de motivos da Lei nº 9.613/98²¹².

Contudo, Pierpaolo Bottini pondera que inobstante o conceito de ordem econômica careça de precisão, é inegável sua capacidade de orientar a aplicação da norma penal, e sua legitimidade para figurar como bem passível de tutela. Socorre-se da definição cunhada por Gueiros de Souza, segundo a qual ordem econômica, em sentido amplo, seria o conjunto de instrumentos que asseguram o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo em determinada sociedade²¹³. Nesse contexto, crimes contra a ordem econômica consistiriam em uma forma grave de abuso de medidas e instrumentos da vida econômica que desestabilizam o seu funcionamento e afetam as expectativas necessárias à realização de negócios e planejamento de atividades²¹⁴. Contudo, ainda que não se possa olvidar que no ordenamento brasileiro haja uma significativa parcela de crimes voltada à proteção da ordem econômica (dentre eles o crime de cartel, previsto na Lei nº 8.137/90), é necessário admitir que a lei penal não explicitou quais seriam os critérios hábeis para identificar formas grave de intromissão abusiva na ordem econômica.

Visando igualmente afastar a crítica de imprecisão do conceito de ordem econômica, Eros Roberto Grau aponta que o aspecto mais evidente do bem jurídico afetado pelo branqueamento de capitais seria a livre concorrência (CF/88, art. 170, IV), caracterizada como

210 ISHIDA, Válder Kenji. Bem jurídico penal moderno. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 39.

211 BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2014. p. 128-129.

212 BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Exposição de motivos da Lei nº 9.613, de 1998 (itens 33 e 34). Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613-1.pdf/view>. Acesso em: 18.11.2022.

213 SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal. Brasília: ESMPU, 2011, p. 120.

214 SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. In: *Anuário de derecho penal y ciencias penales*. v. 41. n. 2, mai./ago. 1988. p. 529. No mesmo sentido: CERVINI, Raúl. *Derecho penal económico: concepto y bien jurídico*. In: RBCCRIM. v. 11. n. 43, abr./jun. 2003. p. 43.

a liberdade que os agentes econômicos têm de atuar na atividade econômica, assegurada a liberdade de competição, na chamada economia de mercado²¹⁵. Quanto a este aspecto, Blanco Cordero assinala que o capital sujo afetaria a igualdade de condições para a competição no mercado, uma vez que seu custo é mais barato e não sofre o peso de tributos e regulações impostos ao capital lícito²¹⁶. Em tal cenário, Edilson Mougenot adverte que os que se valem do branqueamento teriam melhores condições para atração de capital, de acumulação de bens de produção, e por conseguinte, de orientar a fixação de preços, de salários e de outros fatores do mercado²¹⁷.

1.2.5 Pluriofensividade

Ante a robustez dos argumentos jurídicos acima alinhados é razoável admitir que o bem jurídico nuclear protegido pela incriminação do branqueamento é a administração da justiça, mas há casos em que também se verifica lesão à ordem socioeconômica, entretanto, essa dupla afetação não justifica a adoção da ideia da pluriofensividade, tal como proclamada por Fabian Caparrós, Marcelo Mendroni, Antonio Welter, Rogério Filippetto, Mougenot Bonfim e Souza Nucci²¹⁸. Dentre os críticos à ideia de pluriofensividade situam-se, entre outros, Wilfried Bottke²¹⁹, André Callegari²²⁰, e Pierpaolo Bottini²²¹.

No propósito de sintetizar as críticas, Bottini²²² assinala que apontar como diversos os bens jurídicos tutelados é o mesmo que indicar nenhum, porque perde-se o elemento norteador da interpretação teleológica, fundamental para superar problemas de concurso de normas e para a análise da proporcionalidade, pois, ainda que a pluriofensividade aparentemente afaste as decorrentes da identificação de um bem exclusivamente protegido, é um ponto de fuga que enfraquece o instituto e não contribui para a orientação da aplicação da

215 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 270.

216 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 326-327.

217 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Lavagem de dinheiro. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33.

218 Sustentam a ocorrência de pluriofensividade: CAPARRÓS, Eduardo Fabian. Ob. cit., p. 238; MENDRONI, Marcelo Batlouni. Ob. cit., p. 31; WELTER, Antonio Carlos. Ob. cit., p. 158; BONFIM, Edilson Mougenot Bonfim; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 32; NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais especiais comentadas. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 829.

219 BOTTKE, Wilfried Bottke. Ob. cit., p. 13.

220 CALLEGARI, André Luís. Ob. cit., p. 86.

221 BOTINNI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019. p. 89-90.

222 BOTINNI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 61.

lei penal. Destarte, embora em boa parte dos casos realmente ocorra pluralidade de bens jurídicos atingidos, a norma concretizada no tipo penal do branqueamento se destina a tutelar um único bem jurídico, qual seja, a administração da justiça.

É lógico que o acolhimento da administração da justiça como bem jurídico protegido, ainda que propicie uma interpretação e aplicação mais consistente da respectiva lei penal, não obsta que se critique a escolha do legislador, sob a perspectiva político criminal. Com efeito, a *ratio legis*, tanto da norma incriminadora brasileira, quanto do art. 368º-A do Código Penal português, ambas seguindo a esteira das diretivas internacionais sobre o tema, foi usar o direito penal para tentar sanar a aparente incapacidade do Estado em investigar eficazmente o crime subjacente e rastrear seus frutos. Foi dessa ineficiência dos meios tradicionais de investigação que nasceu a criminalização da ocultação ou escamoteamento desses ativos de origem ilícita. Hassemer alerta que “espiritualizou-se o bem jurídico, que se afasta de seu referencial antropocêntrico e passa a abrigar meras funcionalidades sistêmicas, protegendo não mais o homem e sua capacidade de desenvolvimento livre, mas a estrutura judicial e policial. O direito penal caminha, infelizmente, para se tornar um mero instrumento de reforço dos mecanismos de organização da administração pública”²²³.

As críticas, contudo, não se restringem ao afastamento do bem jurídico do referencial humano, mas igualmente ao alegado exagero na reprimenda, cuja moldura legal no Brasil corresponde ao intervalo de três a dez anos e multa, e em Portugal, é escalonada em duas faixas, sendo a primeira de seis meses a cinco anos (CP, art. 368º-A, nº 1), e segunda, de dois a doze anos (CP, art. 368º-A, nº 2), a qual ainda poderá ser agravada em um terço, se o agente praticar as condutas de forma habitual (CP, art. 368º-A, nº 6).

Observe-se mais que, pelo menos no Brasil, o alcance das penas independe dos delitos antecedentes, eis que a conduta viola a administração da justiça, e quanto a isso é perfeitamente admissível o argumento de que há violação da proporcionalidade com as sanções previstas para outros tipos penais da mesma espécie. Com efeito, ainda que existam crimes contra a administração da justiça que sejam penalizados de forma severa, tal como a denúncia caluniosa, por exemplo (CPB, art. 339), a maior parte deles é punido com penas não superiores a três anos, sendo oportuno referir que no ordenamento brasileiro, a pena cominada ao favorecimento real (CPB, arts. 349 e 349-A), reputado “crime-irmão” do branqueamento, não será superior a um ano de detenção.

223 “El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad del ciudadano, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad”. (HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1999. p. 25).

Advirta-se, porém, que as eventuais deficiências de legitimidade política do uso do direito penal para proteção de sistemas funcionais abstratos, ou de desproporcionalidade da pena, não eliminam a validade da construção dogmática que aponta a administração da justiça como bem jurídico protegido pela norma penal, a qual se presta a salientar a intenção do legislador no sentido de que o único propósito da norma incriminadora foi suprir a inoperância estatal diante da sofisticação da criminalidade contemporânea, em lugar de proteger segmentos da liberdade humana. Além disso, a eventual tentativa de substituir o bem jurídico originariamente protegido pela ordem socioeconômica, não tem o condão de transformar a realidade, ou o desiderato da lei penal, tampouco a medida da pena.

1.3 Contornos da responsabilização subjetiva no branqueamento

Uma das questões mais tormentosas do crime de branqueamento tem sido os limites do tipo subjetivo. Alguns Estados aderentes da *civil law* admitem o dolo eventual, mas nos Estados Unidos, por sua estrutura da teoria do crime, é aplicada a teoria da cegueira deliberada, que será objeto de análise em capítulo próprio deste trabalho, entretanto, por ora é suficiente aduzir que vários autores equiparam a cegueira deliberada ao dolo eventual. Quanto ao tema, frise-se à partida que, tanto no Brasil quanto em Portugal, o crime de branqueamento ostenta tipo subjetivo exclusivamente doloso, restando afastada qualquer hipótese de punição por culpa. Nessa esteira, Pierpaolo Bottini pontifica que o ordenamento jurídico brasileiro não admite responsabilidade penal objetiva em matéria de lavagem, configurando relevante garantia de imputação subjetiva que somente permitirá a responsabilização de agente que possua “relação psíquica” com os eventos do caso concreto²²⁴.

Cumprir reconhecer, todavia, a existência de severa discussão doutrinária quanto ao cabimento exclusivo do dolo direto, a partir do qual o agente deve ter conhecimento pleno e absoluto sobre a origem ilícita do produto do crime subjacente, ou se, no sentido oposto, seria possível também a aplicação do dolo eventual, hipótese na qual a mera suspeita já se mostraria suficiente para fins de imputação penal, o que renderia ensejo à aplicação da teoria da cegueira deliberada. Nesse pormenor Bottini é refratário à ideia de que o branqueamento de capitais possa ser praticado como dolo eventual. Admite ele ser imprescindível a consciência completa acerca da ilicitude, e para tanto argumenta que, caso desejasse o legislador permitir a hipótese de dolo eventual no delito do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98,

224 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit., p. 138.

teria ele o feito por previsão expressa, como ocorre nos delitos em que encontramos a expressão “deve saber”²²⁵.

Na mesma linha de pensamento, Oliva García²²⁶ argumenta que desprezar a exigência do conhecimento específico e igualmente do elemento volitivo de tomar parte na infração penal, com vistas a ensejar a aplicação da teoria da cegueira deliberada em casos de dolo eventual, implicaria alterar o conceito de dolo e causar a sua “desnaturalização”, correndo o risco de criar uma responsabilidade penal objetiva, ou mesmo eliminar o instituto da culpa consciente, que também se utiliza do conhecimento potencial do perigo concreto.

Fazendo o contraponto, Rodrigo Prado²²⁷ alinha variados argumentos que autorizam concluir pela possibilidade de imputação penal por dolo indireto, quanto ao crime de branqueamento, tal como previsto no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98. À partida, afirma ele que a circunstância de haver o legislador manejado a expressão “sabendo serem oriundos [...] de crime”, ainda no anteprojeto da lei, constituiria um argumento genético a ser respeitado, nomeadamente porque a intenção legislativa de incluir o dolo eventual foi confirmada na Exposição de Motivos, onde se lê, expressamente, que este será admitido somente no *caput* do artigo. Demais disso, o mesmo jurista arregimenta um argumento de cunho lógico, qual seja a ausência de vedação, ainda que implícita, à aplicação do dolo eventual, como ocorre no § 1º, incisos I a III, e § 2º, II, do art. 1º, da Lei nº 9.613/98. Ora, inexistindo restrição imposta pelo legislador, não pode o intérprete criar distinção inexistente, podendo o tipo ser informado por uma ou outra, dentre as modalidades de dolo²²⁸. Prado salienta ainda que, igualmente ao que se observa no direito comparado, há indícios que apontam para o cabimento do dolo indireto, eis que o objetivo global do direito uniforme em matéria de branqueamento de capitais, e que serviu de origem à legislação brasileira, foi o de inibir a atuação dos profissionais da lavagem, também conhecida como “lavagem terceirizada”. Portanto, a redução do tipo subjetivo ao dolo direto implicaria inutilidade de grande parte do direito comparado²²⁹.

225 Ibidem, pp. 140-141.

226 OLIVA GARCIA, Horacio. *La defensa ante la acusación por blanqueo de dinero*. In: *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 42.

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

228 Ibidem.

229 Ibidem.

Na mesma trilha segue Baltazar Junior²³⁰, que também admite a hipótese de dolo eventual sob o mesmo argumento de que o mesmo restou consignado na exposição de motivos da Lei nº 9.613/98, mas destaca também a presença do vocábulo “provenientes”, que substituiu a versão do projeto originário onde se lia “sabendo serem oriundos”. Daí conclui o jurista ser “suficiente que o dolo atinja a existência do crime antecedente, não se exigindo que o lavador conheça especificamente como se deu a conduta anterior”, bastando que assuma “o risco de que os bens tenham origem criminosa, apesar de as circunstâncias o indicarem”.

Em Espanha, variados autores advogam a tese de que se aplica o dolo eventual aos crimes de branqueamento, dentro os quais Mateo Bermejo²³¹, que entende ser compatível com o dolo eventual não apenas o termo “*sabiendo*”, como também a expressão “*a sabiendas*”, e para tanto argumenta que se referem a uma parte conceitual do dolo compatível com qualquer uma de suas classes. Em sentido idêntico se posiciona, Blanco Cordero²³², que admite o dolo eventual com base no mesmo argumento acima aludido acerca das expressões contidas no texto legal, e adverte sobre a carga subjetiva que carregam, acrescentando que a norma espanhola pune a modalidade culposa, de modo que isso apenas importa mais razões para punir também o dolo eventual. Adverte, porém, que não se pode transigir quanto ao conhecimento da procedência ilícita dos ativos que se pretende sejam filtrados²³³.

1.3.1 Comparticipação

Em linhas gerais, no direito penal português o tema da comparticipação é tratado nos arts. 26º a 29º do CP, os quais têm aplicação quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de um fato penalmente relevante, de modo que as regras da comparticipação criminosa são necessárias para que se possa aplicar as regras da parte especial a outras pessoas que não apenas àquelas que praticam o fato por si mesmas. Assim, as disposições dos arts. 26º, 27º, e 28º do CP devem ser admitidas como regras de extensão da tipicidade, vale dizer, regras

230 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 405-406.

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

232 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 685-686.

233 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 648.

voltadas a tornar típicos comportamentos aparentemente atípicos. Demais disso, a comparticipação criminosa assenta na distinção fundamental entre: a) autoria (CP, art. 26º), que pode ser material, mediata e coautoria; b) participação criminosa, que consiste em formas de envolvimento menos grave, pressupõem sempre um autor e se bipartem em instigação e cumplicidade.

No plano da doutrina brasileira inexistiu unanimidade na conceituação da autoria para efeitos penais. Certo segmento, integrado por Mirabete e Heleno Fragoso aderem à teoria formal-objetiva²³⁴, enquanto Nilo Batista e alguns outros se posicionam a favor da teoria do domínio do fato²³⁵. Na seara da doutrina alemã, Jescheck leciona que a coautoria também se baseia neste domínio, mas, como em uma execução, intervêm várias pessoas, o domínio do fato tem de ser comum a elas²³⁶. Nilo Batista acrescenta que a ideia de divisão de trabalho encontra na coautoria sua adequação máxima, pois é onde se percebe a fragmentação operacional de uma atividade em comum visando ao mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade²³⁷. Sustenta ele que autor é aquele que tem o domínio funcional do fato, pois se o cooperador não possui esse domínio, será mero partícipe. Ademais, o domínio funcional do fato não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de uma parte desta, nem deve ser investigado como se fosse uma espécie de divisão aritmética de um domínio “integral” do fato, em que coubesse uma fração a cada autor. Pontua ainda ser importante que cada coautor detenha o domínio sobre o desenvolvimento do fato, conduzindo do mesmo modo o sucesso deste²³⁸.

No Brasil, a coautoria é disciplinada no art. 29 do CPB, já aludido linhas atrás. Tal dispositivo impõe a responsabilização de todos os que tomaram parte no delito, como coautores, entretanto, a partir dos conceitos doutrinários sedimentados é possível identificar quem são os autores e quem são os partícipes na realização de um delito. Aliás, a partir do conceito do domínio do fato, a doutrina brasileira estabelece a coautoria, e tal raciocínio serve igualmente aos casos de branqueamento de capitais. Nessa esteira, Pierangeli assinala que aqueles que, no marco de um plano global unitário, acordam levar a cabo as condutas descritas na lei de lavagem de dinheiro são coautores e se lhes imputa a contribuição dos

234 MIRABETE, Julio Fabrinini. Ob. cit., p. 221; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p. 264.

235 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 76 e ss.

236 JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. cit., p. 614; BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 76.

237 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 76.

238 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 77.

demais, de forma que cada coautor é considerado responsável, a título de autor, pela totalidade do sucesso²³⁹.

A partir do exame do art. 1º da Lei nº 9.613/98 é possível indicar como coautores aqueles que intervêm em uma “atividade” para: a) “ocultar ou dissimular a natureza dos bens”; b) para “convertê-los em ativos lícitos”; c) para “adquiri-los, recebê-los, trocá-los, negociá-los, dá-los ou recebê-los em garantia, guardá-los, tê-los em depósito ou movê-los”; d) para “importar ou exportar bens com os valores não correspondentes aos verdadeiros”. Além disso, o art. 1º, § 2º, do mesmo diploma legal permite assimilar como coautores do delito de branqueamento aqueles que: a) intervêm na atividade financeira “utilizando bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”; b) ou aqueles que intervêm “participando de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática dos crimes previstos na Lei de Lavagem”.

À partida, para que se possa considerar tais intervenientes na condição de coautores, devem eles implementar, total ou parcialmente, uma das ações nucleares do tipo, isto é, ocultar ou dissimular. Todavia, não se pode excluir de plano a coautoria apenas porque o sujeito não praticou pessoalmente qualquer dessas atividades descritas no tipo, pois caso adotada tal posição estaríamos retrocedendo ao conceito restritivo de autor, segundo o qual autores são apenas aqueles que realizam, através da sua ação, real ou potencial, o fato típico. E sob tal prisma, todos os demais seriam meros participantes. Com efeito, mediante a aplicação da teoria do domínio do fato, é possível incluir no rol de coautores aqueles que não realizam uma parte do tipo, mas que aportam uma parte essencial da realização do plano durante a fase executiva, pois a eles também pertence o domínio do fato, a qual parte da tese restritiva, mas emprega um critério objetivo-subjetivo.

Com efeito, segundo essa construção teórica, o autor é somente aquele que tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias. Já o partícipe, que não detém o domínio do fato, seria um mero executor material, que agiria a partir de induzimento ou instigação. Daí porque, adverte Damásio de Jesus que tal teoria se assenta em princípios relacionados à conduta e não ao resultado, de modo que agindo no exercício desse controle, distingue-se o autor do mero partícipe. Acrescenta ainda que a teoria do domínio do fato não é inteiramente objetiva nem subjetiva, mas mista, pois exige apreciação, caso a caso, em face da descrição do crime, e

239 PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit., p. 55; BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 76 e ss.

precisamente por isso se revela como uma construção complementar à doutrina restritiva formal-objetiva²⁴⁰.

Nesse sentido, Nilo Batista se refere ao chefe do bando ou da organização criminosa no âmbito da teoria do domínio do fato e emprega o critério do domínio funcional do fato para a solução do problema²⁴¹. Demais disso, relembra que o art. 62, I, do CPB impõe o agravamento da pena do agente que promove a organização do crime ou dirige a atividade dos demais agentes, isto porque o ordenamento penal brasileiro adotou a teoria monista, segundo a qual “quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (CPB, art. 29). É certo que o organizador, ou o que dirige o crime, pode ser somente partícipe, mas também poderá ser coautor, ainda que não tenha uma participação pessoal na execução do delito. Sua autoria está fundamentada no domínio funcional do fato e subsiste enquanto tenha esse domínio²⁴².

Destarte, o ponto relevante para que se possa considerar o chefe da organização coautor é que este também tenha o domínio do fato. Com efeito, se o agente organiza apenas uma fração da operação delitiva, sem conhecer integralmente o *modus operandi* da organização criminosa, por certo poderá ser doutrinariamente classificado como mero partícipe, mas se detiver o domínio do fato, sobre ele poderão incidir modalidades distintas de autoria: a) autoria direta individual e imediata, b) autoria intelectual, c) autoria mediata, d) co-autoria²⁴³.

Blanco Cordero destaca que a aplicação dos critérios do domínio do fato e a inclusão do organizador ou chefe como coautor nos casos de branqueamento de ativo é importante, pois uma das características do delito de lavagem é a sua realização por meio de grandes organizações internacionais. Também no Brasil essa característica de organização do delito de lavagem coloca a questão da responsabilidade que corresponde àquele que, pertencendo a um grupo hierarquicamente organizado, procede à realização do delito de lavagem no marco de um plano delitivo²⁴⁴.

Palmilhando a mesma linha de raciocínio, Silva Franco nos adverte que nos casos de branqueamento levados a termo por organizações criminosas e comandadas pelo chefe da organização, deve-se distinguir a intervenção deste. Invocando doutrina estrangeira, com base no critério do domínio do fato, também considera coautor o chefe da organização, ainda que

240 JESUS, Damásio Evangelista de. Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17.18.

241 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 80; PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit., p. 56-57; FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit., p. 446.

242 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 80.

243 JESUS, Damásio Evangelista de. Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas. Ob. cit., p. 18.

244 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit. p. 517.

este não dirija ou não participe pessoalmente da execução do delito²⁴⁵. Aduz mais que aquilo que caracteriza a coautoria é o domínio funcional do fato, vale dizer, mesmo que o chefe não execute pessoalmente as condutas nucleares do tipo, deverá também ter o controle da situação sob suas mãos, ou seja, deve ser visto como uma peça fundamental para o êxito da empreitada criminosa, segundo o critério subjetivo estipulado no §1º do art. 29 do CPB, o qual preconiza que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”.

Heleno Fragoso e Mirabete, por seu turno, adotam o conceito restritivo de autor (ainda que com o cariz objetivo-subjetivo próprio da teoria do domínio do fato), e assim reputam o chefe da organização tão somente como partícipe, pois não está presente na ação típica, isto é, não a realiza pessoalmente²⁴⁶. Admitem a intervenção do chefe apenas como uma forma de participação, cuja pena pode ser agravada nos moldes do art. 62, II, do Código Penal Brasileiro²⁴⁷.

Confrontando as posições antagônicas capitaneadas por Silva Franco e Heleno Fragoso entendemos a primeira como correta, especialmente nos crimes de branqueamento, pois muito mais importante do que realizar pessoalmente as ações nucleares do tipo é deter o domínio do fato, e assim poder manipular ou instrumentalizar o “homem da frente” ao cumprimento da tarefa de execução. Aliás, no plano do direito penal econômico é sedimentada a ideia de que o “homem de trás” normalmente detém muito maior capacidade para impedir a consecução do delito de branqueamento, ao passo que o “homem da frente” figura, em regra, como mero instrumento para execução material do delito. Isso não impede, contudo, que o executor de quaisquer das ações nucleares do tipo penal de branqueamento atue em co-autoria, desde que tome parte direta na execução, por acordo, ou juntamente com outro ou outros (CP português, art. 26º, 3ª parte). Demais disso, um atuar nestes moldes não se confunde, tão pouco exclui a possibilidade de uma autoria mediata do que ostenta o domínio do fato, e por isso mesmo, verdadeiramente detém o controle da execução da atividade criminosa. Portanto, a autoria do chefe ou organizador está sedimentada no domínio funcional do fato²⁴⁸ e subsiste sempre que ele também detenha tal domínio.

245 FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit., p. 446; BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 80; LEAL, João José. Ob. cit., p. 421.

246 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p. 264; MIRABETE, Júlio Fabrinini. Ob. cit., p. 221.

247 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p. 270.

248 A teoria do domínio funcional do fato, amplamente reafirmada pela jurisprudência brasileira, propõe validamente responsabilizar todos os que tiverem participação causal, relevante e necessária, segundo a ajustada divisão de tarefas, para o cometimento da infração penal, seja como seu executor imediato seja como seu controlador finalístico.

1.3.2 Autoria e coautoria

Tanto no Brasil quanto na Espanha é imperativo, para caracterização do branqueamento, o cometimento prévio de um crime subjacente, o qual tenha originado os frutos ilícitos a servirem como objeto da pretendida lavagem. Sucede que o legislador não formulou qualquer restrição relativamente ao sujeito ativo, tampouco exigiu deste alguma qualificação específica, de modo que o branqueamento pode ser executado por qualquer indivíduo. Quanto ao ponto, parece oportuno examinar o tratamento jurídico conferido a delitos outros que, a exemplo do lavado de ativos, exigem o prévio cometimento de um delito anterior, tal como se observa no crime de receptação. Na Espanha, por exemplo, são excluídos do âmbito de possíveis sujeitos ativos aqueles que atuaram como autores ou cúmplices no delito subjacente, e isso se verifica mesmo que inexistia previsão legal expressa²⁴⁹, pois do contrário haveria severo risco de *bis in idem*. No mesmo sentido tem se posicionado majoritariamente a doutrina brasileira. No Brasil, portanto, o sujeito ativo da receptação poderá ser qualquer pessoa, menos o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente. Destarte, caso tome parte no crime antecedente, o indivíduo não poderá ser autor da receptação, mesmo que também tenha praticado qualquer ação que incida sobre o tipo objetivo descrito no art. 180 do CPB. Se participa da infração penal antecedente, por exemplo, de subtração, será autor da comissão de um furto²⁵⁰, e assim não poderá ser considerado receptador de qualquer um dos bens furtados. Portanto, segundo essa mesma lógica, não se poderia admitir a punição do agente por autobranqueamento, pelo menos em tese.

Damásio de Jesus, Heleno Fragoso e Luiz Régis Prado justificam a impunidade do sujeito interveniente no delito antecedente com respeito às posteriores condutas receptadoras sobre os efeitos de seus delitos, e para tanto invocam o princípio da consunção e do pós-fato impunível. Argumentam que a consumação delitiva se amplia para abranger igualmente a pluralidade dos fatos, pelos critérios valorativos. Tal se dá nos casos de ações anteriores ou

249 Art. 298.1 do Código Penal Espanhol: “Aquele que, com ânimo de lucro e com conhecimento da comissão de um delito contra o patrimônio ou a ordem socioeconômica, em que não tenha intervindo nem como autor nem como cúmplice, ajude aos responsáveis a aproveitarem-se dos efeitos do mesmo, ou receba, adquira ou oculte tais efeitos, será castigado com a pena de prisão de seis meses a dois anos”.

250 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte especial*. v. 2. 36. ed.. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 426; MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal: parte especial*. v. 2. 36. ed. São Paulo: Atlas, p. 323, opina que “o partícipe do furto que influencia para que um terceiro adquira a coisa subtraída responde só pelo furto e não pela receptação, considerada *post factum* impunível”; FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2.801; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 551; PRADO, Luiz Régis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 644; ALMEIDA SALLES JÚNIOR. *Código Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022. p. 596.

posteriores necessárias que a lei concebe, de forma implícita ou explícita, ou aquilo que dentro do sentido de uma figura constitui o que normalmente ocorre. Trata-se do fato anterior ou posterior impune. Assim, os fatos posteriores do crime subjacente importarão em mero aproveitamento da ação criminosa e, por isso, ocorrem regularmente depois do fato anterior, sendo por este consumidos²⁵¹. Por outro lado, nada impede que o autor do crime subjacente seja chamado a responder também pelo crime de branqueamento, caso realize as condutas de ocultação ou dissimulação do numerário de origem ilícita, proveniente do crime anterior, desde que já exaurido.

O fato é que a doutrina brasileira ainda não se sedimentou se o mesmo raciocínio vale para o crime de branqueamento e o delito subjacente, mas há de se reconhecer que algumas vozes sustentam, inclusive no plano internacional, quanto à possibilidade do crime de autolavagem. É necessário examinar a questão com cautela e rigor científico. O interveniente na infração penal prévia pode figurar como autor de posterior crime de lavagem de dinheiro?

Em um exame inicial, tem-se que o tipo penal do branqueamento corresponde a um delito comum. Dentre outros critérios, classificam-se os crimes em comuns e especiais, conforme a qualidade do autor. Assim, nos delitos comuns qualquer um pode figurar como sujeito ativo²⁵², ao passo que os delitos especiais requerem para sua realização um determinado sujeito ativo, que disponha de uma qualificação exigida pelo tipo penal, pois este limita o círculo da autoria²⁵³. Adotando este prisma, e observando-se o preceito contido no art. 1º da Lei nº 9.613/98, resta forçoso admitir que o branqueamento de capitais é um delito comum, pois a modalidade contida no preceito pode ser realizada por qualquer pessoa, já que o preceito inicia com uma expressão anônima²⁵⁴, sem que o legislador tenha feito qualquer exigência expressa relativa ao sujeito ativo do delito²⁵⁵.

Ora, conquanto o sujeito ativo do branqueamento de dinheiro possa ser qualquer pessoa, é igualmente necessário averiguar se os responsáveis pelo delito subjacente podem ser punidos como autores do posterior crime de lavagem, vale dizer, se ficam eventualmente

251 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 377; JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 102; PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 134-135.

252 PRADO, Luiz Régis. Ob. cit., p. 151; MIRABETE, Julio Fabrinini. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 129; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 141.

253 COELHO, Walter. Teoria Geral do Crime. Campinas: Sete Mares, 1991. p. 156; MIRABETE, Julio Fabrinini. Ob. cit., p. 129; TOLEDO, Francisco de Assis. Ob. cit., p. 141-142.

254 JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*. 4. ed. Granada: Comares, 1993. p. 240.

255 OLIVEIRA, William Terra. Ob. cit. p. 324.

excluídos os sujeitos que tomaram parte no delito que originou o produto ilícito a ser mascarado. Ao que parece a lei brasileira silenciou a respeito dessa questão, e ante o conteúdo do art. 1º da Lei 9.613/98 é possível extrair que bem se aplica ao caso a expressão “silêncio eloquente do legislador”²⁵⁶. Portanto, é natural a inferência de que qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do delito de branqueamento, eis que o legislador brasileiro não estabeleceu qualquer restrição nesse ponto. Com efeito, não parece adequado aplicar ao caso a mesma linha de raciocínio que se adota entre a receptação e o crime contra o patrimônio que lhe seja anterior.

Cabe reconhecer, contudo, que examinando o delito de lavado de ativos tipificado no art. 301 do Código Penal espanhol²⁵⁷, certa parcela da doutrina se utiliza, como um dos fundamentos para excluir os autores e partícipes que intervieram no delito prévio do círculo de possíveis sujeitos ativos do delito de lavagem, o do fato posterior “*copenado*” ou impune²⁵⁸. Argumentar que o fato posterior seria impune em consequência da aplicação do princípio da consunção a determinados casos de concursos de leis, e inserindo tal preceito em relação ao delito de lavagem de dinheiro, poder-se-ia afirmar que as posteriores condutas realizadas pelo sujeito ativo do delito pretérito, para se aproveitar de seus efeitos, ficariam consumidas por este.

Ademais, outro motivo invocado por certos juristas espanhóis, com o fito de isentar da punição por branqueamento, os autores e partícipes que intervieram no delito prévio, é o chamado privilégio do “*autoencubrimiento*”. Sustentam que o favor legal previsto no art. 451

256 O silêncio também pode ser interpretado, de molde a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 208). Daí dar-se a denominação de “silêncio eloquente” (do alemão *beredtes Schweigen*) à norma constitucional proibitiva, obtida, a *contrario sensu*, de interpretações segundo as quais a simples ausência de disposição constitucional permissiva significa a proibição de determinada prática por parte dos órgãos constituídos, incluindo o próprio legislador infraconstitucional (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional*. t. 1. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 219). O instituto pressupõe o afastamento da analogia, aplicável apenas quando na lei houver lacuna (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE nº 130.552. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18.11.2022).

257 ESPANHA. Código Penal. *Artículo 301, nº 1: El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado por la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.* (negrito nosso).

258 Com relação ao “*autoencubrimiento*”, ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Receptación y blanqueo de capitales*. Ob. cit., p. 468.

do Código Penal²⁵⁹ espanhol deve incidir aos tipos de branqueamento de ativos, ainda que não o recolham em seu teor literal. Os partidários desta ideia, dentre eles Blanco Cordero, argumentam que apesar do art. 301 do Código Penal espanhol ser omissivo a respeito e constitua tipificação autônoma de um delito de “*encubrimiento*”, é possível afirmar que o critério sobre o que se apoia a impunidade do delito posterior cometido pelos responsáveis do fato prévio, quando pretendam elidir a ação da justiça, é o privilégio do “*autoencubrimiento*”, e o fundamento de tal fato reside no princípio da inexigibilidade de outra conduta distinta da realizada²⁶⁰.

Contudo, em sentido diametralmente oposto, Cárpio Delgado sustenta que os sujeitos ativos do delito prévio que pratiquem posteriores condutas branqueadoras devem ser castigados por estas, eis que não se poderia beneficiá-los pelo princípio da consunção ou isentá-los de punição pelo “*autoencubrimiento*”. Argumenta ele que as condutas de lavagem de dinheiro do sujeito que também interveio no delito prévio lesionam um novo bem jurídico, e por isso é necessário apreciar a nova infração, independente daquela praticada previamente. Assim, não haveria um concurso de leis entre o delito prévio e o posterior crime de branqueamento a ser resolvido pelo princípio da consunção ou do “*autoencubrimiento*”, mas sim um autêntico concurso de delitos²⁶¹.

Examinando a questão no âmbito do ordenamento português, é necessário salientar que a conduta de dissimulação de vantagens ilícitas provenientes de um crime subjacente, em princípio, tanto poderia incidir no tipo penal da receptação (CP, art. 231º), quanto no tipo do branqueamento (CP, art. 368º), especialmente porque o art. 233º do mesmo diploma penal equipara às coisas e animais, os valores ou produtos com eles diretamente obtidos. Entretanto, a configuração do branqueamento somente se opera se as vantagens ilícitas derivarem de um certo rol de crimes reputados especialmente graves, tais como o lenocínio, abuso sexual de crianças ou menores, extorsão, tráfico de estupefacientes, dentre outros. Portanto, a dissimulação de recursos oriundos de um simples furto jamais pode ser classificada como crime de branqueamento de dinheiro. Além disso, a descrição do tipo objetivo do crime de

259 ESPANHA. Código Penal. Artículo 451: *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. 2º. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento. 3º. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:(...) (negrito nosso).*

260 BLANCO CORDERO, Isidoro, Ob. cit., p. 479 e ss.

261 CÁRPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo codigo penal*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 1997. p. 236.

auxílio material (CP, art. 232º) o situa como acessório de um delito patrimonial, que não figura entre os delitos subjacentes possíveis ao branqueamento. E de igual forma, o crime de favorecimento pessoal (CP, art. 367º) não se volta ao encobrimento de dinheiro de origem ilícita, mas ao escopo de impedir, frustrar ou iludir atividade probatória ou preventiva de autoridade competente. Com efeito, o desiderato almejado é garantir a impunidade do autor do crime principal.

Transpondo a questão para o plano do ordenamento brasileiro, é forçoso reconhecer que o CPB não recolhe expressamente o delito de encobrimento, ainda que a ele sejam muito semelhantes os crimes de favorecimento pessoal e favorecimento real (CPB, arts. 348 e 349)²⁶². As hipóteses de aplicação do favorecimento pessoal e do favorecimento real contemplam os sujeitos que não intervieram no delito prévio, vale dizer, o auxílio do autor do favorecimento deve ser prestado depois, e não antes, tampouco durante a prática do delito. O sujeito do delito tipificado no art. 348 CPB não pode ter participado do delito subjacente, pois é impune a ação de autofavorecer-se. Portanto, se o sujeito auxilia no delito prévio não pode ser condenado pelos delitos previstos nos arts. 348 e 349 do CPB²⁶³, eis que será reputado autor ou partícipe do delito prévio²⁶⁴.

Adotando essa linha de pensamento poder-se-ia argumentar que se o indivíduo pratica o tráfico de drogas, e depois atua para ocultar as vantagens financeiras provenientes daquele delito, não poderia ser condenado por tal ocultação, eis que seria autor do delito prévio. Todavia, o bem jurídico tutelado no tráfico de entorpecentes é diverso daquele tutelado no branqueamento, o qual virá a vulnerar a administração da justiça, na medida que o auxílio se prestará a assegurar o proveito do crime, dificultando ou impedindo a ação da justiça²⁶⁵. Além disso, ponderável parcela da doutrina brasileira reconhece que no crime de branqueamento o bem jurídico tutelado é o sistema econômico e financeiro do país²⁶⁶, ou a ordem socioeconômica do país²⁶⁷. Portanto, quando o autor do delito prévio pratica condutas que constituem um novo delito autônomo, tipificado numa lei especial, para sancionar

262 Os arts. 348 e 349 do CP brasileiro possuem disposições muito semelhantes ao encobrimento previsto no art. 451 do CP espanhol. CPB, art. 348 do CPB: “Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada a pena de reclusão”. CPB, art. 349: “Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de recetação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”.

263 FRAGOSO, Heleno Claudio. Ob. cit., p. 531; DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 53; JESUS, Damásio Evangelista. Ob. cit., p. 271; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. v. 1, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 3875.

264 NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 390.

265 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit. p. 534.

266 BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit., p. 5.

267 OLIVEIRA, William Terra. Ob. cit., p. 323.

precisamente condutas dirigidas a evitar o descobrimento por parte das autoridades do delito prévio cometido, não terá lugar o disposto no art. 349 do CPB.

Saliente-se que as modalidades de branqueamento de capitais, segundo a lei brasileira, não tipificam condutas de favorecimento (real ou pessoal), ainda que estruturalmente se assemelhem àquelas próprias de lavagem. O cometimento de condutas típicas de branqueamento não consiste em violação ao bem jurídico “administração da justiça”. Muito ao contrário, os atos de branqueamento representam gravame à circulação de bens no mercado econômico e financeiro do país, e precisamente por isso se trata de uma tipificação autônoma. Demais disso, para que se pudesse aplicar o princípio da consunção em relação ao crime de branqueamento, seria necessário demonstrar que as condutas subsequentes praticadas pelo mesmo sujeito ativo do delito prévio fossem etapas naturais da ação delinquente originária, entretanto, Heleno Fragoso e Luiz Régis Prado advertem que somente ocorre a consunção quando um crime é meio necessário ou normal fase de preparação, ou de consumação material, ou ainda de exaurimento de outro crime²⁶⁸. Portanto, somente resta configurada a consunção quando uma lei, conforme seu próprio sentido, inclui o desvalor delitivo de outra, e por isso não permite a aplicação desta última²⁶⁹.

Zaffaroni e Pierangeli admitem a hipótese de o fato posterior ser impune quando se refere ao princípio da consunção, o qual somente terá incidência quando um resultado eventual já estiver abarcado pelo desvalor da conduta de outro tipo legal²⁷⁰. Todavia, para que isso ocorra o fato posterior praticado pelo sujeito não poderá lesionar um bem jurídico distinto daquele vilipendiado pelo delito pretérito, vale dizer, a conduta do sujeito ativo deverá lesionar um mesmo bem jurídico. Portanto, os delitos antecedentes teriam que já incluir o desvalor do próprio branqueamento, e se isso não se verifica inexistente a necessária identidade do bem jurídico protegido, caso em que estaremos diante de concurso de crimes, tal como previsto no art. 69 do CPB. Dessa forma, argumentam Zaffaroni e Pierangeli, que se o sujeito atua num dos delitos subjacentes, como o tráfico de entorpecentes, por exemplo, e em seguida atua na ocultação dos bens oriundos da traficância, se produzirá um concurso material de crimes²⁷¹, em que as penas do delito de tráfico somam-se às do delito de lavagem. Frise-se,

268 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p. 376; PRADO, Luiz Régis. Ob. cit., p. 134; MIRABETE, Julio Fabrinii. Ob. cit. p. 116.

269 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit. p. 376; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 738.

270 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit., p. 738.

271 MIRABETE, Júlio Fabrinii. Ob. cit., p. 298; JESUS, Damásio Evangelista de. Ob. cit., p. 522; LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 430; PRADO, Luiz Régis. Ob. cit., p. 330; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit., p. 365.

contudo, que nem todas as condutas de dissimulação colocam em perigo a administração da justiça, relativamente ao crime antecedente e ao confisco de seus produtos.

1.3.3 Cumplicidade

Sob a ótica de Figueiredo Dias²⁷², a lei portuguesa vigente considera a instigação verdadeira autoria, mas pondera que havendo interesse em manter em paralelo à autoria, a categoria da “participação”, tal categoria estará inteiramente preenchida pela “cumplicidade” regulada no art. 27º. Ainda que sua posição sobre o tema seja minoritária no plano da doutrina portuguesa, Figueiredo Dias sustenta que participação e cumplicidade são sinônimas, sendo a primeira de extração doutrinal, e a segunda de extração legal. Acrescenta, porém, que a categoria da participação tem sofrido evoluções doutrinárias aplicáveis à cumplicidade, e adverte que a ideia central que preside a participação é de que se trata de uma colaboração no fato do autor, razão por que sua punibilidade pressupõe a existência de um fato principal doloso cometido pelo autor. Prossegue o jurista de Coimbra aduzindo que “o cúmplice ou participante não é, pois, autor, não comete por qualquer forma o delito, não pratica a acção típica e o seu comportamento não está, conseqüentemente, abrangido pelas previsões da Parte Especial do Código Penal. Deste modo, o art. 27º, ao punir a cumplicidade, contém uma extensão ou um alargamento da punibilidade a formas de comportamento que, sem ele, não seriam puníveis”. Portanto, nessa ordem de ideias, a única forma de participação seria a cumplicidade. Contudo, na percepção da doutrina lusitana majoritária o instigador é um participante, ainda que seja punível como autor. De fato, em certas situações, a lei incrimina autonomamente a forma de comportamento própria da cumplicidade, como se verifica, por exemplo, na hipótese do art. 350º, nº 1, do CP, o qual declara punível o funcionário que “por qualquer forma auxiliar” a evasão de um preso. Em tal situação a “cumplicidade em sentido material” já se converterá em autoria.

No plano da doutrina brasileira o concurso de agentes é tratado de forma diversa. Dispõe o art. 29 do CPB que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, mas o respectivo § 1º acrescenta que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”. Destarte, ante a adoção da teoria monista ou unitária, pelo direito penal brasileiro, haverá concurso de pessoas sempre que alguém, de qualquer modo, concorra para o crime de

272 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 824-825.

outrem. O liame subjetivo é a comunhão consciente de vontades entre os agentes, razão por que é necessário que um agente saiba o que o outro fará, e que haja concordância mútua e consciente entre as ações que executam. É certo, contudo, que não precisa existir um prévio ajuste entre eles, mesmo porque podem ter optado por uma ação delitiva em coautoria, ainda que movidos por interesses distintos.

Na dogmática brasileira se verificam duas modalidades de concurso de agentes: a) coautoria: quando os sujeitos atuam juntos, nas mesmas circunstâncias, e tencionam o mesmo resultado delituoso; b) participação: quando o partícipe pratica uma conduta acessória em um momento anterior, posterior ou contemporâneo à prática da conduta principal, de maneira a induzir, instigar ou auxiliar a prática desta. Frise-se, entretanto, que para a caracterização da coautoria não é preciso que os agentes cometam a mesma conduta. Com efeito, entendia-se outrora que ambos os coautores deveriam praticar o núcleo do tipo, mas segundo a atual compreensão doutrinária os infratores poderão perpetrar condutas idênticas ou distintas entre si, desde que eles estejam agindo juntos, no mesmo momento, e tencionando a mesma finalidade.

Nesse cenário, resta natural a inferência de que o instituto da cumplicidade, no âmbito do direito penal português, corresponde ao instituto da participação, no direito penal brasileiro. Nilo Batista²⁷³ leciona que a participação consiste na livre e dolosa colaboração no delito de outro. Essa forma de colaboração no delito alheio pressupõe que o partícipe não tenha, de nenhuma forma, o domínio do fato, ou que não tenha realizado a ação típica. Acrescenta ainda que a participação é sempre acessória, isto é, depende do fato principal típico e antijurídico. Isso significa que na participação vigora o princípio da acessoriedade limitada. Assim, para que exista a punibilidade da participação, é necessária a existência de um fato principal típico e antijurídico, não fazendo falta a culpabilidade²⁷⁴. Além disso, na dogmática brasileira o princípio da acessoriedade limitada é reforçado por dicção do art. 31 do CPB, segundo o qual “o ajuste, a determinação, ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”. Portanto, o legislador brasileiro estatuiu as formas de participação, mas exige que o fato seja pelo menos tentado, de modo que, caso não se verifique o início de um fato principal típico e antijurídico, naturalmente inexistirá participação.

273 BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 120-121.

274 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 127; JESUS, Damásio Evangelista. Ob. cit., p. 361; LEAL, João José. Ob. cit. p. 422.

O instituto da participação é disciplinado nos §§ 1º e 2º do art. 29 do CPB, os quais aludem à “participação de menor importância” e à hipótese do sujeito ter almejado “participar de crime menos grave”, entretanto, é oportuno assinalar que havendo a ocorrência do domínio do fato, naturalmente restará excluída a participação de menor importância, e então ambos os sujeitos serão reputados coautores. De igual forma, se o indivíduo realiza pessoalmente a ação descrita no tipo também não poderá ser contemplado com a participação de menor importância, eis que terá implementado uma parte da execução, consoante a teoria restritiva da autoria.

a) Conceito

Ainda que o legislador brasileiro não tenha explicitado as formas de participação, a doutrina as indica, a partir do art. 31 do CPB: ajuste, instigação e auxílio. Nesse tocante, Nilo Batista relembra que a doutrina majoritária só alude duas delas, a instigação e a cumplicidade²⁷⁵, sendo a primeira aquela reconhecida no direito espanhol como “indução”.

Conforme o autorizado magistério de Nilo Batista, instigação é a dolosa colaboração de ordem espiritual objetivando a comissão do crime doloso. Compreende igualmente a determinação, que significa a conduta daquele que faz surgir na mente do autor direto a resolução de cometer o crime²⁷⁶. Nestes moldes, Pierangeli assinala que o instigador é o que faz surgir na outra pessoa a resolução de executar dolosamente uma conduta típica e antijurídica²⁷⁷, e perfilando similar ponto de vista, Jescheck assinala que o que caracteriza a instigação, a que a doutrina estrangeira denomina indução, é a provocação do autor à resolução de realizar o fato, sem ter participação alguma no próprio domínio deste²⁷⁸.

O instituto da instigação ostenta relevância nos casos de branqueamento, eis que tal fenômeno corriqueiramente guarda relação com organizações criminosas que manejam os mais variados instrumentos para atribuir matizes de legalidade aos ganhos oriundos dos comportamentos delitivos. Nos casos de organização criminosa é oportuno e necessário delimitar as formas de participação, não apenas dos chefes no delito de lavado de ativos, mas também dos demais integrantes do grupo ou escritório que recebem ordens dos primeiros. Com efeito, quando os chefes detêm o domínio do fato inexistem dificuldades, porquanto

275 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 120; PIERANGELLI, José Henrique. Escritos jurídicos penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 63.

276 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 139-140.

277 PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit. p. 63.

278 JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. cit. p. 625-626.

serão admitidos como coautores, entretanto, há casos em que o chefe apenas emite ordens aos subordinados, sem deter o domínio do fato, e nesse caso teremos uma hipótese de instigação. Além disso, o empregado deverá ter conhecimento, mesmo que indiciário, de que atua com a finalidade de branquear ativos ilícitos, e se não detiver tal conhecimento teremos uma situação de autoria mediata.

A dogmática brasileira não equipara a figura do instigador a do autor, tal como se verifica no ordenamento espanhol. Destarte, se mesmo sem o domínio do fato, o chefe instiga seu empregado a ocultar, mediante o uso de suas empresas, certas quantidades de numerários de origem ilícita, somente deverá responder como partícipe, ainda que a ele se aplique hipótese de aumento de pena, nos moldes do art. 62, III, do CPB. Com efeito, nesse caso o instigador não será admitido como autor, mas deverá ser penalizado mais severamente, caso o executor esteja submetido à sua autoridade, tal como se observa nas organizações, grupos, associações ou escritórios destinados ao branqueamento de capitais, e que obedecem às ordens hierárquicas do chefe.

Segundo Nilo Batista, ainda que o legislador brasileiro não tenha acolhido no CPB o termo “cumplicidade”, a doutrina majoritária costuma compreendê-lo como sinônimo de auxílio, uma das modalidades da participação. Nesse cenário, cumplicidade seria a dolosa colaboração de ordem material que objetiva a comissão de um crime doloso²⁷⁹. Pierangeli acrescenta que o cúmplice tampouco tem o domínio do fato, e sua colaboração está dirigida à realização deste²⁸⁰. Além disso, Nilo Batista arremata, advertindo que o traço distintivo da cumplicidade é que esta implica em auxílio material à execução do delito, ao passo que qualquer contribuição de natureza psíquica deve ser considerada mera instigação²⁸¹. Ainda quanto ao tema, e sob a invocação da doutrina estrangeira, Pierangeli pontua existir cumplicidade necessária nas hipóteses em que a cooperação do cúmplice é decisiva para a execução do plano concreto do autor²⁸².

É certo, contudo, que inexiste no ordenamento brasileiro qualquer previsão da chamada “cooperação necessária”, razão por que a cumplicidade ou auxílio material ocorre sempre na ajuda prestada pelo partícipe, antes ou durante a execução, e desde que o mesmo não detenha o domínio do fato. Além disso, a contribuição material prestada após a execução pode tipificar outro delito. Especificamente nos casos de branqueamento, e a título exemplificativo, poderá

279 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 143.

280 PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit. p. 68.

281 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 143; JESUS, Damásio Evangelista. Ob. cit. p. 373.

282 PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit. p. 69.

existir cumplicidade quando o partícipe planeja a execução do delito e entrega a senha necessária para que o autor faça a conversão dos bens de origem espúria em ativos lícitos. Todavia, se a participação for de índole meramente psíquica, sem a entrega de qualquer material, teremos tão somente a instigação.

b) Colaboração moral

A doutrina especializada costuma tratar a instigação como colaboração moral, a qual seria decorrência da indução, quando o agente faz nascer no outro a ideia da prática do crime, ou mesmo pela instigação, quando há um reforço na disposição já existente para o delito (em geral, participação de menor importância)²⁸³. Portanto, todo aquele que induz ou instiga outrem à prática do branqueamento de ativos deve responder pela participação no delito, desde que a ocultação ou dissimulação tenha se iniciado (CPB, art. 31). Demais disso, a participação moral pode se operar no exercício de atividades profissionais aparentemente neutras, tais como nas hipóteses em que um gerente de banco, um contador, ou um advogado, mesmo tendo conhecimento da origem criminosa de determinados bens, sugerem ou recomendam a seus clientes que pratiquem atos de dissimulação daqueles mesmos ativos. Em tais casos a conduta do profissional não pode ser admitida como socialmente adequada, eis que há um propósito claro e direto voltado ao cometimento do delito. Será o caso de uma participação punível por branqueamento, desde que sejam iniciadas quaisquer das condutas nucleares do tipo penal da lavagem.

Por outro lado, se o gerente de banco, o contador ou o advogado não dispõem de conhecimento sequer indiciário de que os recursos financeiros que ajudam a gerir são provenientes de atividade criminosa, e colocam seus conhecimentos especializados a serviço do detentor de tais recursos, mas o fazem com justificável credulidade de que estão apenas prestando um serviço legítimo, mediante o recebimento de uma contra prestação pecuniária legítima e proporcional, segundo valores de mercado, obviamente inexistirá autoria, coautoria, ou cumplicidade no branqueamento de capitais de outrem. Nesse caso, os profissionais especializados estarão praticando, na verdade, ações tipicamente neutras. Todavia, para que se possa classificar com segurança a conduta do profissional detentor de conhecimentos especializados será necessário aferir, a partir das provas, se havia alguma

283 BATISTA, Nilo. Ob. cit. p. 182. No mesmo sentido: FRANCO, Alberto Silva, Do concurso de pessoas, In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 229; DOTTE, René Ariel. Curso de Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 256.

circunstância suspeita e detectável, da qual o profissional tenha se afastado voluntariamente, para não se comprometer, e para se eximir de eventuais responsabilidades penais. Em todo caso, é oportuno relembrar que a boa-fé se presume, ao passo que a má-fé precisa ser provada.

c) Colaboração material

Quanto à colaboração material, ou cumplicidade, René Ariel Dotti assinala ser todo o comportamento positivo distinto da colaboração moral, desde que relevante para a realização típica, e que não importe em autoria²⁸⁴. Portanto, advertem Alberto Silva Franco e Cezar Roberto Bittencourt que todo aquele que contribui materialmente para o delito, auxilia ou ajuda em sua realização, sem domínio dos fatos ou da organização, será partícipe²⁸⁵. Exemplificativamente, isso se verifica quando o sujeito concede cópias das chaves do imóvel aos invasores de domicílio, ou mesmo quando oferece a arma usada num crime de roubo.

De fato, a cumplicidade se revela no contributo de quem participa no crime, prestando favorecimento ou auxílio a uma conduta de outrem que preenche o tipo. Nesse sentido, Germano Marques da Silva leciona que “as classes ou modalidades de participação na comparticipação são, segundo a lei vigente, a autoria e a cumplicidade”²⁸⁶. Daí resulta que a cumplicidade reveste uma conduta desvalorizada pela lei penal que consiste em apoiar e facilitar a execução ou a concretização de uma determinada conduta típica. Aliás, o art. 27º, nº 1 do Código Penal português assinala que “é cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”.

Ainda no plano da doutrina portuguesa, Cavaleiro Ferreira²⁸⁷ preconiza que “a cumplicidade é uma forma de participação secundária ou acessória na comparticipação criminosa, ao que complementa Germano Marques da Silva²⁸⁸, aludindo ser secundária num duplo sentido: de dependência de execução do crime ou começo de execução e de menor gravidade objectiva, na medida em que não é determinante da prática do crime (o crime seria

284 DOTTI, René Ariel. Ob. cit. p. 375.

285 FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit. p. 228; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 492.

286 SILVA, Germano Marques da. Direito Penal português: teoria do crime. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 351.

287 “A expressão ‘formas do crime’ é de origem recente e provém da terminologia germânica. Foi na Alemanha que se inventou a designação de *Verbrechererscheinungenformen*, que foi vertida para o português como forma de aparição (ou manifestação) do crime, no primitivo projecto do Código Penal de 1982 (‘formas de aparecimento do crime’, artigos 20.º e sgs.) e obteve uma mais simplificada tradução no texto do código” (FERREIRA, Manuel Cavaleiro. Lições de Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2010. p. 391).

288 SILVA, Germano Marques da. Direito Penal português: teoria do crime. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 372.

sempre realizado, embora eventualmente, em modo, tempo, lugar ou circunstâncias diversas)”. Entende-se por cúmplice, o participante em ação condenável, o cooperante²⁸⁹, entretanto, só será cúmplice se não detiver o domínio do fato. Com efeito, embora participe das condutas incriminadas, através de colaboração material, o cúmplice não preenche os requisitos configuradores da autoria por ser um mero facilitador que desempenha uma participação secundária ou subsidiária. Daí porque a doutrina reputa menos relevante o comportamento da cumplicidade, na medida em que vê o autor material como capaz de produzir ou seguir o plano traçado, atingir o resultado planejado, ainda que sem a prestação da cumplicidade.

Cavaleiro Ferreira aduz ainda que “o Código Penal emprega as expressões comparticipação e participação; a primeira designando o facto em que todos os agentes colaboram, e a segunda, o facto ou acção individual de cada agente, que se insere no facto ou acção colectiva. A distinção de comparticipação e participação, como conceitos de relação, assenta no seu diferente objecto; no entanto, é trivial, tanto na doutrina como na lei, designar o objecto de ambas como crime”²⁹⁰. Aduz mais que “o crime, como objecto da comparticipação, indica a realidade em que todos os agentes participam; o crime, como objecto de participação, indica o facto individual, o modo como cada agente participa na obra comum”²⁹¹.

Figueiredo Dias pontifica ainda que “o cúmplice não é, pois, autor; não comete por qualquer forma o delito; não pratica a acção típica, e o seu comportamento não está, consequentemente, abrangido pelas previsões da Parte Especial do Código Penal”²⁹². Agrega mais que “se a cumplicidade é participação no facto do autor e se a autoria é uma categoria indissolúvelmente ligada a um ilícito-típico pessoal, constituiria então uma inadmissível e insuportável contradição normativa considerar a cumplicidade fundada num ilícito-típico causal”²⁹³. E na mesma trilha se posiciona Eduardo Correia, segundo o qual “cúmplice é quem, dolosamente e por qualquer forma, presta auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”. Adita que a cumplicidade será a determinação ou auxílio a um crime que, todavia, sem aquela determinação ou auxílio teria sido também realizado, embora

289 Conceito dado pelo Dicionário Universal da Língua Portuguesa – Integral. 3. ed. São Paulo: Texto Editores, 1996. p. 449.

290 FERREIRA, Manuel Cavaleiro. Ob. cit. p. 446.

291 Ibidem.

292 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal – Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 824.

293 Ibidem, p. 826.

o fosse então por modo, em tempo, lugar ou circunstâncias diversas”²⁹⁴. Nesse sentido, Paulo Pinto de Albuquerque sustenta que a cumplicidade consiste no auxílio, material ou moral, à prática por outrem de um facto ilícito doloso²⁹⁵.

Outro não tem sido o entendimento da jurisprudência portuguesa, e apenas para densificar o exemplo, vale assinalar precedentes emanados tanto do Tribunal da Relação de Coimbra, quanto do próprio Supremo Tribunal de Justiça, segundo o qual “a cumplicidade pressupõe a existência de um facto praticado dolosamente por outro, estando subordinada ao princípio da acessoriedade, pois, o cúmplice não toma parte no domínio funcional dos actos constitutivos do crime, isto é, tem conhecimento de que favorece a prática de um crime, mas não toma parte nela, limita-se a facilitar o facto principal”²⁹⁶. Destarte, se essa ação de favorecimento se opera através do ofício profissional do gerente bancário, do contador ou do advogado, ela jamais se converterá em ação verdadeiramente neutra. Ao contrário, será uma conduta criminosa, ainda que mascarada sob o rótulo da adequação social ou profissional.

d) Limites da participação punível

Sobre os limites da punibilidade, ainda que a dogmática brasileira tenha estatuído a participação de menor importância (CPB, art. 29, §1º do CPB), Celso Delmanto e Alberto Silva Franco reconhecem que ainda inexistente uma delimitação segura sobre o alcance do preceito, pois, regra-geral, alude-se que a participação de menor importância é aquela cuja contribuição moral ou material tenha sido pequena, e caberá ao juiz, de acordo com a prova, verificar se realmente a participação foi ou não de menor importância²⁹⁷. Ainda sobre a participação de menor importância, José Henrique Pierangeli diz que ela corresponde à cumplicidade simples ou secundária, perfeitamente dispensável e, que se não foi prestada, não impediria a realização do crime²⁹⁸, ou nas palavras de Heleno Fragoso, é a contribuição insignificante ou mínima para a realização do fato punível²⁹⁹.

294 CORREIA, Eduardo. Direito Criminal. v. 2. Coimbra: Almedina, 2016. p. 253.

295 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica, 2008. p. 127.

296 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão do Processo nº 09P0583 – JSTJ000, de 15.04.2009 (Fernando Fróis); Ac. do TRC; proc. nº 557/09.0JAPRT.C1, de 29.09.2010 (Alberto Mira); Ac. do STJ; proc. nº 148/10.3SCLSB.L1.S1, de 05.06.2012 (Armindo Monteiro).

297 DELMANTO, Celso. Ob. cit. p. 56; FRANCO, Alberto Silva. Ob. cit., p. 469.

298 PIERANGELLI, José Henrique. Ob. cit. p. 83.

299 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ob. cit. p. 270.

Relativamente às formas de intervenção delitiva, tal como disciplinadas no CPB, convém cotejá-las de forma específica com as hipóteses legais de participação delitiva e a punibilidade dos agentes que concorrem para o cometimento do delito de branqueamento de ativos. Quanto ao tema, a dogmática brasileira concebeu um dispositivo próprio para incriminar indivíduos que, de algum modo, se vinculam ao lavado de ativos, mas há críticas no sentido de que tal dispositivo teria ampliado com certo exagero a tipicidade das condutas previstas no tipo, e assim supostamente teria malferido os princípios norteadores do concurso de pessoas. Com efeito, o art. 1º, §2º, II da Lei nº 9.613/98 aponta que incorre na mesma pena do delito previsto no *caput* do art. 1º quem “participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

Eugênio Pacelli e André Callegari se unem na crítica de que a norma incriminadora da conduta toma em conta apenas o conhecimento do sujeito, mas não refere a qualquer outro requisito para sua incriminação como participante do branqueamento. Por isso, entendem que o preceito se mostraria tão ou mais abrangente do que o próprio art. 29 do CPB, embora em relação a este a doutrina tenha fixado alguns requisitos que são necessários para configuração do concurso de pessoas³⁰⁰. Destarte, mediante uma interpretação integrativa seria razoável admitir que os mesmos requisitos tradicionais do concurso de pessoas deverão ser observados. Portanto, para que alguém seja reputado partícipe do crime de branqueamento, além de ter o conhecimento de que participa do grupo, associação ou escritório voltado à lavagem de ativos ilícitos, deve ter contribuído causalmente para o resultado e possuir vínculo subjetivo com os demais branqueadores. Assim, não bastaria a ocorrência de participação num escritório destinado à lavagem de capitais com o conhecimento que a atividade do grupo é voltada à ocultação de valores provenientes de origem ilícita. Seria igualmente necessário que o sujeito tivesse o vínculo psicológico e contribuísse causalmente para a produção do resultado³⁰¹.

Ponderável parcela da doutrina brasileira adere a esta ideia, e para tanto aduzem que esta seria a única ótica razoável de interpretação do art. 1º, §2º, II da Lei nº 9.613/98, pois do contrário, seriam punível qualquer funcionário que detivesse conhecimento do que se passa dentro grupo, associação ou escritório, mas nada fizesse para impedir o resultado, tampouco optasse por não denunciar seus colegas de escritório. Aduzem mais que seria suficiente manejar o raciocínio existente para os demais delitos, segundo o qual um sujeito comum que

300 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. Manual de Direito Penal: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 375 e ss.

301 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. Ob. cit., p. 375 e ss. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luís. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Manole, 2004, p. 101 e ss.

assiste inerte ao cometimento de um delito e nada faz, não se converte automaticamente em partícipe ou coautor desse delito apenas por sua omissão, salvo se fosse garantidor.

Tal crítica nos parece inadequada e inoportuna, seja porque não se pode comparar alguém que seja mero observador pontual de um crime com alguém que integra de modo estável um escritório, grupo ou associação criminosa. A testemunha ocular de um crime não tem o dever de espontaneamente delatar o criminoso cuja atuação foi por si presenciada, mas se for convocada a depor como testemunha terá o dever de falar a verdade, sob pena de cometer o crime de falso testemunho. E quanto àquele que integra de maneira estável o escritório voltado à lavagem de dinheiro, tendo plena ciência de que as atividades do grupo são criminosas, efetivamente demonstra sua adesão aos crimes que ali são perpetrados, razão por que a simplória alegativa de que não concordava com os fins delitivos jamais poderia ser admitida como uma declaração verdadeira ou idônea. Com efeito, ainda que não desejasse ou não tivesse coragem de delatar seus companheiros de empreitada criminosa, a atitude minimamente desejável para evidenciar sua fidelidade ao direito seria se desligar da organização criminosa.

1.3.4 Omissão penalmente relevante

Aprioristicamente é necessário reconhecer que o estudo dos delitos omissivos³⁰², a exemplo dos demais temas de relevo da parte geral do direito penal, tem ocupado as atenções

302 Nas lições de Jesús-Maria Silva Sánchez, existe uma discrepância na denominação empregada pelas doutrinas espanhola e alemã. Enquanto a primeira adota a designação delitos de “omissão própria” e delitos de “comissão por omissão”, a alemã há muito abandonou tal terminologia. Esta procede atualmente à distinção por meio dos termos *echte* e *unechte Unterlassungsdelikte*, que lograram a consolidada tradução de delitos de “omissão própria” e “omissão imprópria”. A denominação alemã teria sido alvo de diversas críticas, pelo fato de que o relevante e essencial na diferença entre condutas se dá entre ações e omissões, e não no interior das omissões. Além disso, Silva Sánchez assinala que todas as omissões devem ser consideradas “próprias”, sob pena de contradizerem-se, pois algo não pode ser uma coisa e não ser, ao mesmo tempo. Por isso, Silva Sánchez adota a terminologia vigente na Espanha (e igualmente no Brasil), “comissão por omissão”. Aliás, esse é o termo que mais se aproxima da ideia conclusiva de Silva Sánchez, segundo a qual há identidade estrutural e material entre os delitos ativos e comissivos por omissão. Por outro lado, Juarez Tavares prefere a denominação “crimes omissivos impróprios” e entende inadequado denominar tais crimes “comissivos por omissão”, eis que são omissivos. Juarez Tavares opta por manter-se dentro da tradição alemã, que distingue entre os delitos de omissão própria e imprópria. Imperativo reconhecer que as teses dos autores espanhóis muito influenciaram as premissas jurídicas do instituto no plano da doutrina brasileira (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El delito de omisión. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 397-399). Sobre a distinção, veja conferir: LAMAS LEITE, André. As “posições de garantia” na omissão impura, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 47; TAVARES, Juarez, *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 312. Jescheck menciona uma sequência de outras denominações, como a que propõe, que distingue entre delitos omissivos simples (omissão pura) e omissivos qualificados (comissão por omissão), a de Jakobs, entre delitos de omissão primários e secundários (delitos de comissão por omissão), ou a de Freund, que se refere aos delitos de omissão imprópria como valorativamente equivalentes à ação (*begehungsgleichwertiges*). JESCHECK; WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 606.

de inúmeros juristas, seja nas Américas, seja na Europa Continental, e daí se justifica o prudente alerta de Bern Schünemann, segundo o qual a variedade de abordagens e bibliografia produzida se mostram efetivamente inexauríveis³⁰³, notadamente se considerada a abundância da produção teórica sobre o tema, especialmente nas últimas três décadas³⁰⁴, nas quais se verificou que a temática foi alvo das atenções dos mais competentes setores da doutrina nacional³⁰⁵ e estrangeira³⁰⁶. Portanto, qualquer estudo que tencionasse reconstruir as estruturas dos delitos comissivos por omissão e almejasse apresentar uma contribuição inédita teria que a ela se dedicar com exclusividade, e ainda assim sem garantia de resultado exitoso. Por consequência, o exame do tema neste trabalho será meramente instrumental e destinado à resolução dos problemas correlatos ao crime de branqueamento.

Na verdade, buscamos tão somente estabelecer princípios operativos para a reflexão sobre os diferentes níveis de responsabilidade penal por omissão, e os limites da posição de garante quanto ao crime de branqueamento, isto através do cotejo entre a norma administrativa, que impõe deveres de colaboração aos setores financeiros e não-financeiros sensíveis, para fins de prevenção à lavagem, e as regras gerais de direito penal que caracterizam o dever de garante. E nesse escopo é necessário reconhecer a insuficiência do art. 13 do CPB para a tarefa de limitar os deveres de garante, mas igualmente assinalar a inadequação da imediata transposição dos deveres previstos na lei administrativa de branqueamento para fins de responsabilização penal. Oportuno, portanto, é o autorizado alerta de Roxin no sentido de que a mera referência a um dispositivo da lei penal, como fonte de

303 SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 36. O festejado jurista comenta sobre a multiplicidade de questões que envolvem as teses de equiparação entre ação e omissão, que servem de ponto de partida para todos os estudos da omissão penal. Com outras referências: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires. Editorial B de f., 203. p. 524.

304 A teoria de Jakobs na fundamentação dos delitos omissivos impulsionou numerosos trabalhos a retomar o exame do tema, em volume crescente, especialmente se comparado o número de escritos antes e depois das publicações de Jakobs (DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 450).

305 Em um percurso filosófico e metodológico próprio, Juarez Tavares aproxima o debate entre a doutrina brasileira e estrangeira (TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, 1996). Especificamente sobre o problema da ingerência e a jurisprudência brasileira: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer*. Porto Alegre: SAF, 2011. Aludindo à atuação do *compliance officer*: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Do tratamento penal da ingerência*. São Paulo: Universidade de São Paulo. Tese de Livre Docência, 2015. Sob o prisma dos princípios constitucionais: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.

306 Dentre as obras fundamentais sobre o tema: SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *El delito de omisión*; KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006; JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

dever de garante, não se mostra suficiente para transpor essas regras do direito penal e equiparar a omissão à ação³⁰⁷.

Para além disso, há de se observar certo ecletismo na definição dos deveres de garante, tal como se observa nas concepções de Gimbernat Ordeig³⁰⁸, e isto implica alguns embaraços adicionais para sistematização das teses construídas sobre os chamados delitos omissivos impróprios, igualmente conhecidos como comissivos por omissão. Com efeito, somente após enfrentar a distinção ontológica entre ação e omissão é que podemos pensar em uma categoria unificada de injusto penal, e suficientemente idônea para justificar a responsabilidade penal da comissão por omissão. Eis a razão pela qual se mostra necessário examinar as teorias normativistas de fundamentação dos delitos omissivos para, através delas, romper o aparente subjetivismo que norteia a equiparação entre condutas comissivas e omissivas, reputadas como “valorativamente equivalentes”.

Segundo Bacigalupo Zapater³⁰⁹, estruturalmente os delitos de ação se realizam quando se efetua uma conduta descrita e proibida pelo tipo penal, ao passo que, na omissão, o que se tem é a não realização de uma conduta devida, determinada e que, nos casos de comissão por omissão, dependem também da existência de um dever de garante. Garcia-Pablos de Molina³¹⁰, por seu turno, salienta que na trajetória de definição da responsabilidade penal por omissão, os esforços de alguns juristas, tais como Silva Sánchez³¹¹, direcionaram-se a construir o conceito de omissão a partir do conceito de ação, buscando os pontos de identidade em categorias como o nexo de causalidade, identidade valorativa, expectativa social e merecimento de pena. Nesse contexto, Gimbernat Ordeig³¹² adverte que uma das

307 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*, München: C. H. Beck, 2003, p. 714.

308 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 526.

309 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de derecho penal*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1996. p. 223; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996. p. 315.

310 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Madrid: Centro de Estudios Ramon Aceres, 2009, p. 556 e ss.

311 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal*, *Diario La Ley*, v. 5, n. 22139, p. 1-27, 2001, p. 1-7; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omisión*, Madrid: Dyckinson, 2005, p. 28 e ss.

312 Cf. Gimbernat a dogmática dos delitos de comissão por omissão partiu sempre de dois erros fundamentais: considerar o delito omissivo impróprio menos grave que o de ação, e manter a interpretação de que os tipos de resultado estariam concebidos somente para ações (e não também para omissões), como se o artigo de parte geral que prevê as posições de garante (CPB, art. 13, § 2º) fosse apenas uma cláusula de extensão da tipicidade. (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 533). O tema é igualmente tratado com espero por: KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 21; SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *El delito de omisión*, p. 4-5. Uma síntese sobre a evolução dessas teorias pode ser encontrada em DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en derecho penal*, p. 671 e ss. Kaufmann destaca o quanto a elaboração de uma teoria própria da omissão esteve contida por conta da tentativa contínua de se estabelecer um conceito de omissão partindo das teorias da ação (KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 35). Em reforço, Juarez Tavares aduz que se o conceito de omissão, em sua origem,

dificuldades para se formular um conceito geral da omissão deve-se basicamente ao fato de que toda a teoria geral do direito penal tenha sido elaborada com base na teoria da ação. Pondera Silva Sánchez³¹³ que provavelmente por tal motivo foram elaboradas tantas e tão distintas teorias a respeito dos fundamentos da comissão por omissão (e conseqüentemente do dever de garante), sem que se chegasse a um consenso sobre um conceito unificado, ou a uma “teoria geral dos delitos omissivos”³¹⁴.

Conforme a compreensão da escola causalista do delito, a omissão é simplesmente manter-se inerte diante de uma situação³¹⁵. Assim, como preconiza Gómez-Aller, os delitos comissivos se implementam através de uma ação penalmente típica e vedada, ao passo que os crimes omissivos se verificam a partir da ausência de realização de uma conduta devida (teoria do dever formal de garante³¹⁶). Nesse cenário, o problema consistia no fato de que a concepção ontológico-mecanicista do causalismo dificultava a tarefa de descrever a omissão como uma forma de conduta proibida, pois nela inexistia um movimento corporal, e este constitui requisito essencial para a doutrina causalista. Adiante, Armin Kaufmann³¹⁷ destaca que, mesmo com o advento do finalismo, foi mantido o postulado de que existiam distinções ontológicas insuperáveis entre as condutas ativas e omissivas, pelo que seria necessário estabelecer uma teoria apartada e específica para a punição dos delitos omissivos. E uma vez que, dogmaticamente, ação e omissão são conceitos ontologicamente antagônicos, pondera o jurista que devem demandar um tratamento legal e teórico distinto³¹⁸, mas que estaria

decorre do conceito de ação, é natural que reflita também os elementos de crise que perpassam a trajetória da teoria do delito (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 35). D’AVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005. p. 190).

313 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La comisión por omisión: comentario al artículo 11 del Código Penal de 1995*. In: VIVES ANTÓN, Tomás (Org.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Ob. cit., p. 202.

314 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. v. 2. Madrid: Civitas, 2014, p. 711.

315 Embora o causalismo esteja superado, na teoria do delito foram as teses causalistas as que mais sustentaram a omissão como um acontecimento naturalístico (a omissão é a contenção de impulsos motores, e por isso um movimento corporal voluntário, conforme Beling). Sobre isso, aduz Silva Sánchez que o debate do causal-naturalismo fixa os temas do debate sobre a omissão até os dias de hoje, eis que desde o sistema Liszt-Beling, introduz-se a questão de que o delito omissivo é a omissão de uma ação esperada, originando o debate sobre a teoria das expectativas (expectativa social de ação), como fundamento da omissão. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de f., 2003. p. 13).

316 GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 130.

317 KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 61 e ss.

318 Na construção do conceito de comissão por omissão, a dogmática penal ainda concebida num passado recente ação e omissão como comportamentos materialmente distintos, ou que não convergiriam para o mesmo ponto na teoria do delito, ou que exigia um supra conceito capaz de reunir as características de ambas. (D’AVILA, Fábio Roberto. Ob. cit., p. 184).

conectado, segundo seu significado axiológico e a idêntica função de proteção dos bens jurídicos.

No plano da concepção finalista, cogitou-se a ideia de um supra conceito de comportamento³¹⁹, no bojo do qual estariam inseridos comportamentos comissivos e omissivos, entretanto, os neokantistas perceberam que era necessário abandonar os esforços em busca de uma referência ontológica ou material para a omissão, isto em prol da construção de conceito a partir de balizas exclusivamente valorativas e normativas³²⁰. Impulsionados por Behrendt e Herzberg, cuidaram em estabelecer distinção entre as normas, notadamente a partir das reflexões sobre a inevitabilidade da conduta, tratadas no contexto da questão sobre a capacidade de ação³²¹. Esses e outros juristas contribuíram para a elaboração de um conceito unitário de ação e omissão, isto sob o prisma de uma identidade normativa³²². Sua proposta era inverter as construções tradicionais da doutrina, de modo que, em vez de partir dos elementos da ação e ampliá-los às condutas omissivas, partiram destas para identificar a identidade nas duas modalidades de comportamento, e para tanto sustentaram que, também

319 Tal proposta remonta a autores finalistas, que entendiam o comportamento como a capacidade de direção final da vontade, potencialmente voltada para a ação ou para a omissão. A capacidade de ação instauraria a unidade do conceito global de comportamento, especialmente nos casos de omissão. Aludida teoria foi criticada por Kaufmann, por perceber o supra-conceito de comportamento como determinante de ações e omissões é trasladar para a omissão os mesmos elementos subjetivos que a ação, especialmente o dolo. Para Kaufmann não existe dolo de resultado na omissão, entendido aqui dolo como vontade de realização, nos parâmetros da escola finalista (KAUFMANN, Armin. Ob. cit., p. 101). Mir Puig desenvolve igualmente crítica interessante sobre o tema, na medida em que sustenta que ação e omissão são questões valorativas diferentes, que não precisam recorrer ao supra-conceito de comportamento. Assevera ele que *“la acción y la omisión se mueven en planos distintos: ontológico y prejurídico de la acción y jurídico de la omisión”*. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. parte general*, 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2007, p. 192).

320 *“Esta visión negativa, más extendida en los planteamientos de los autores de lo que en un primer examen pudiera parecer, sienta las bases de una aproximación entre comisión activa y omisión a partir de esta última. En efecto, se trata de liberar a los delitos de comisión activa de la perspectiva naturalista que desde hace unos siglos los domina, completándola, e incluso sustituyéndola, por una visión normativa que posibilite la citada aproximación”*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 72.

321 De acordo com certo segmento da doutrina, a visão negativa da omissão partilhada por alguns autores do finalismo *“senta as bases de uma aproximação entre comissão ativa e omissão a partir desta última”* (DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Ob. cit., p. 444).

322 É somente a partir da superação da longuíssima “luta de escolas” entre o causalismo e o finalismo que se permitem reconhecer as limitações da tentativa de reconduzir o Direito penal exclusivamente a critérios ontológicos. (MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2001, p. 270). No mesmo sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 534. A tentativa de encontrar um supra-conceito faz somente negligenciar os aspectos especiais que envolvem a penalização de uma conduta omissiva e continua submetendo a teoria da omissão à lógica da ação. Por esses motivos, conclui, em consonância com a doutrina majoritária atual, que se deva abandonar busca por um supraconceito, seja a partir da ação, seja a partir da omissão (D’AVILA, Fábio Roberto. Ob. cit., p. 189 e ss).

nos crimes comissivos, existiria um dever de garante. Assim, tanto a ação quanto a omissão seriam formas de infringir um dever de garante³²³.

Silva Sánchez adverte que no crime comissivo por omissão, a posição de garante deveria advir de um dever de contenção de perigos, sendo a primeira fonte de perigo sob controle de um sujeito, seu próprio corpo³²⁴. A possibilidade de evitar um resultado lesivo também foi conduzida a uma condição de proeminência no conceito de ação, eis que segundo o supra conceito de Behrendt, o delito seria a “evitável não evitação de uma situação típica³²⁵”. Contudo, a proposta foi alvo da crítica de Silva Sánchez, para quem substituir vários elementos do tipo pela ideia de “não evitação” implica cometer diversos erros sistemáticos, tais como uma expansão exagerada das possibilidades de ingerência e da própria ideia do exercício de liberdade, posto que nem todas as situações evitáveis competem a todos, e para além disso, somente pode existir um dever de salvamento quando o risco é imputável à própria pessoa que dá causa ao risco³²⁶.

Sucede que a ideia do conceito de comportamento proibido, seja a partir das teses finalistas³²⁷ ou neokantistas, se mostrou insuficiente para identificar um fundamento comum para ação e omissão. Entender a omissão como um mero não fazer, ou não fazer algo esperado, não permitia reconduzi-la ao conceito de ação, assim compreendida como o desencadeamento ativo de um curso causal vedado. Nenhuma das teses conseguiu alcançar um conceito material de omissão (omissão como ação divergente da expectativa), tampouco delimitar um conceito geral capaz de integrar os diversos elementos que constituíam a própria

323 Os autores, em especial Herzberg, tentaram identificar na ação as mesmas características da omissão: não evitação de um resultado e existência de uma posição de garante, ou seja, também os delitos de ação seriam uma forma de infringir um dever de garante, no que se denominou “conceito negativo de ação”. *Ibid.*, p. 428.

324 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 75.

325 *Ibid.*, p. 78; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Ob. cit., p. 421. Acrescenta-se ainda a evitabilidade tem um papel significativo na teoria do delito, em especial na imputação objetiva, porém inseri-la no conceito de ação somente perturba a sistematização desse conceito. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 250-251.

326 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 81 e ss. No caso específico de Herzberg, sustenta Jacobo Dopico que substituir vários elementos do tipo pela ideia de “não evitação” implicaria cometer diversos erros sistemáticos, apontados pelo jurista espanhol como uma expansão exagerada das possibilidades de ingerência e da própria ideia do exercício de liberdade: nem todas as situações evitáveis competem a todos, somente pode existir um dever de salvamento quando o risco é imputável à própria pessoa que dá causa ao risco. GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Ob. cit., p. 449. Aceite-se ou não a proposta de Herzberg, sobre o “evitável não-evitar”, importante é que sua tese chama a atenção para pressupostos comuns entre os dois delitos, que vão além da equivalência valorativa. E para além disso, desperta o debate sobre a suposta existência de infração de deveres também nos delitos ativos, que será desdobrada com muito mais profundidade nas teses de Jakobs. *Ibid.*, p. 428.

327 Durante o finalismo, Gallas teria afirmado que “o ato de valoração jurídica precede logicamente ao de qualificação como conduta, e não o inverso. (D’ÁVILA, Fábio Roberto. Ob. cit., p. 188).

omissão³²⁸. Na verdade, os juristas empenhados nessa tarefa questionaram a possibilidade de existirem omissões pré-jurídicas³²⁹ (omissão negativamente valorada antes de ser tipificada pelo direito), omissões jurídicas não penais (aquelas derivadas do descumprimento de normas extrapenais), e omissões como fenômeno exclusivamente normativo, dentro do tipo penal³³⁰.

Nesse panorama, Lascuraín Sánchez sustenta a superação de proposições ontológicas da conduta omissiva, por meio da abordagem exclusivamente normativa da definição dos delitos (comissivos ou omissivos³³¹), e destaca que conceitos como risco proibido e responsabilidade pelas consequências e pela gestão das próprias esferas de perigo³³² ganharam maior destaque na definição dos tipos penais contemporâneos, sobretudo, da responsabilidade por omissão própria (comissão por omissão).

Segundo Jakobs³³³, nesse contexto estariam contempladas igualmente as teses que arriscam a normatizar absolutamente tanto os delitos comissivos quanto os omissivos, referindo-se à responsabilidade por organização e às normas de conduta subjacentes ao tipo (implícitas no tipo penal). Talvez por isso, um dos caminhos trilhados pela doutrina contemporânea seria a distinção baseada na antinomia entre normas de mandado *versus* norma de proibição, isto porque na omissão é violada uma norma de mandado, ao passo que a conduta comissiva desafia uma norma de proibição³³⁴. Segundo essa ótica, os tipos penais projetam o conteúdo de normas proibitivas (ex: matar, lesionar, etc.), ou normas mandamentais (ex: dever de prestar socorro, dever de proteção e vigilância, etc.)³³⁵.

328 Há dificuldade por parte dos finalistas em identificar o elemento subjetivo na omissão e distinguir entre culpa consciente e inconsciente e tentativa impossível (Kaufmann afirmava não haver dolo na omissão, por faltar a capacidade de condução final de um nexos causal. Os elementos subjetivos deveriam ser divididos entre pressupostos do conhecimento e capacidade de ação). Há igualmente dificuldade dos neokantistas em explicar determinados delitos omissivos próprios, onde não havia expectativa social sobre o comportamento (KAUFMANN, Armin. Ob. cit., p. 135).

329 A omissão, em uma dimensão pré-axiológica, é um nada e, como nada, não poderá ser considerada manifestação da personalidade nem pensada em um universo construído a partir de elementos exclusivamente ontológicos. (D'AVILA, Fábio Roberto. Ob. cit., p. 197).

330 “As distintas tentativas de construir um supra-conceito desde óticas valorativas prévias ao tipo é referir a uma sucessão de fracassos”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 140). No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: SAF, 1998, p. 33; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión impropia*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2013.; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte Geral*. t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 906.

331 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*, Madrid: Civitas, 2002. p. 56 e ss.; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Ob. cit., p. 417 e ss.

332 *Ibid.*, p. 674.

333 Nesse sentido: JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003.

334 KAUFMANN, Armin. Ob. cit., p. 25 e ss.

335 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dyckinson, 2005, p. 117 e ss. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. XV; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 315.

Tal distinção vem sendo paulatinamente abandonada pela evolução dogmática das últimas três décadas, mas ainda assim não pode ser tida como inteiramente superada, tanto assim que em escritos recentes sobre a omissão se percebe a proposta de substituição do conceito de normas de mandado e proibição por um conceito de deveres positivos e negativos, sendo estes os que reúnem às obrigações impostas a todos, e têm como conteúdo básico a proibição de lesionar esferas jurídicas de terceiros.

De fato, caracterizam-se os deveres negativos como uma expectativa de omissão por parte do destinatário da norma, vale dizer, almeja-se que o indivíduo se abstenha de praticar uma ação proibida, tanto em preceitos normativos de mandado, quanto de proibição. Tais normas podem ser redigidas na forma de tipos penais de ação ou de omissão, e assim como é possível consignar um tipo penal na modalidade comissiva (proíbe matar – infração de dever negativo), ou omissiva (obriga prestar socorro – infração de dever positivo), é igualmente possível infringir o mesmo tipo (não matar) de forma ativa (praticando operação médica imperita), ou omissiva (deixando de prestar atendimento médico).

De outra forma, os deveres positivos são definidos como deveres de construir uma esfera de proteção dos bens jurídicos, baseados em um dever de solidariedade mínima, geral ou especial, ou ainda, segundo Jakobs, no dever de atuar para edificar um mundo em comum. Assim, para infringir deveres positivos não seria necessário qualquer ato de organização prévia para criação de risco, tampouco de assunção de uma esfera de proteção, sendo suficiente violar o dever (geral ou especial) em face de determinadas instituições especiais³³⁶. Sob tal ótica, sustenta-se a intercambialidade absoluta entre omissão e comissão, as quais seriam apenas duas modalidades de infração do mesmo tipo penal³³⁷.

De fato, definir a omissão como a não realização de uma conduta devida (seja ela derivada ou não de uma norma mandamental) apresenta mais peculiaridades do que se possa supor, notadamente quando se têm em conta os delitos comissivos por omissão, categoria intermediária não descrita expressamente na parte especial, mas que efetivamente reclamam uma contribuição teórica. Demais disso, inversamente do que se observa no conceito de ação,

336 GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de las posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 29; JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 61 e ss.; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Deberes negativos y positivos en derecho penal*. In: *InDret*. v. 4, 2013; JAKOBS, Günther. *La omisión, estado de la cuestión*. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000. p. 132.

337 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, p. 317; JAKOBS, Günther. Ob. cit., 140; REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 161.

que sempre pode contar com as disposições legais para sua delimitação, tendo como referência potencial todos os tipos da parte especial dos códigos penais, a comissão por omissão em suas origens é eminentemente uma construção jurisprudencial e doutrinária³³⁸; razão por que impõe uma maior dificuldade de sistematização, em seu histórico de construção casuística³³⁹.

a) Omissão imprópria

Majoritariamente, os tipos penais de branqueamento são condutas comissivas, de modo que não cabe falar em omissão própria em relação aos mesmos. Contudo, os atos de “guardar” ou “ter em depósito”, ambos previstos na Lei nº 9.613/98, admitem a forma omissiva sem a necessidade de uma norma geral de adequação. Para todas as demais condutas, a omissão só será juridicamente relevante na modalidade imprópria, nos termos do art. 13, §2º, do CPB, segundo o qual a omissão somente será penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, mas o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Conclusivamente, somente se pode admitir a omissão dolosa se o sujeito tiver o dever de garante, bem como a capacidade de fazê-lo, e não evitar sua ocorrência de forma dolosa³⁴⁰.

b) Posições de garante

Para que se verifique o branqueamento de ativos por omissão imprópria, à partida deve o agente ostentar a obrigação de impedir o resultado, tal como destacado linhas atrás. Na primeira hipótese, a fonte do dever de garantia é a própria lei, e nesse pormenor vale destacar que tão somente a lei, em sentido formal, pode impor esse dever. Atos normativos diversos, como medidas provisórias, leis delegadas, resoluções, decretos-legislativos, decretos ou portarias se mostram inidôneos para gerar deveres de garantia, ainda que possam ser tomados em conta para balizar o dever de cuidado na apuração dos crimes comissivos. Destarte, se a lei atribui a determinado profissional o dever de evitar atos de branqueamento em

338 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Ob. cit., p. 467.

339 LAMAS LEITE, André. As “posições de garantia” na omissão impura. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 152. GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. Ob. cit., p. 526.

340 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281.

determinados setores (financeiros ou não-financeiros sensíveis), deverá ele adotar providências para impedir que ocorra tal resultado lesivo, e se não o fizer, poderá ser chamado a responder pela prática do crime, ainda que por omissão imprópria.

A segunda fonte do dever de garantia se opera quando o agente assume de forma voluntária e consciente o dever de evitar o resultado. Nessa segunda hipótese devem ser indubitáveis, tanto a ocorrência do dever, quanto a consciência do sujeito sobre sua assunção, e isso se mostra especialmente relevante nos crimes de branqueamento praticados no âmbito de organizações hierarquizadas, onde existe delegação de atos e funções, tais como bancos ou empresas, pois seus respectivos dirigentes somente terão o dever de garantia, nos moldes do art. 13, § 2º do CPB, caso isto esteja previsto expressamente em estatuto, regimento ou ato normativo interno, e caso inexistir ato formal de delegação desse dever de garantir a terceiros. E caso tenha se verificado eventual delegação, o dever de garantir estará limitado ao dever de vigilância e fiscalização dos delegados³⁴¹.

A terceira fonte geratriz do “dever de garantir” consiste na criação do risco de resultado, tal como se percebe quando o agente cria um risco não permitido de branqueamento por haver violado normas institucionais ou técnicas de cuidado, ou tiver negligenciado o dever normal de diligência. Contudo, excluídas as três situações acima aludidas não se há que falar em omissão imprópria. Demais disso, nos casos de crime na empresa a existência de superioridade hierárquica não tem o condão de atrair automaticamente para o dirigente o dever de garantia sobre os funcionários de seu setor ou órgão de atuação. Nesse sentido, Schünemann adverte que a qualificação de um trabalhador como fonte de risco pela qual seu superior deve velar é dificilmente compatível com o teor literal das regras de omissão imprópria³⁴². Adverte o jurista que a existência de um dever formal de garantir não é suficiente para a imputação da omissão imprópria³⁴³. Aduz mais ser necessário aferir se o dirigente

341 Sobre delegação e dever de garantir: FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2008; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 151 e ss; SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 131; ESTEVES, Juan Maria Rodriguez. *Riesgo penal para directivos de empresa: atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016. p. 189 e ss.

342 SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. In: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. t. 41. n. 2, mayo/agosto, 1988, p. 535.

343 Sobre o tema, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes de los miembros de un Consejo de Administración*. Disponível em: <https://indret.com/deberes-de-los-miembros-de-un-consejo-de-administracion/>. Acesso em 18.11.2022; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial e responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho penal*. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. Lothar Khulen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (org.). Madrid: Marcial Pons, 2013.

dispõe do domínio de algum mecanismo que possibilite a ocultação ou dissimulação de capital de origem espúria, sendo tal posição igualmente defendida por Demétrio Crespo³⁴⁴.

Heloísa Estellita argumenta sobre a necessidade de se verificar uma relação juridicamente fundada do empresário sobre a fonte de perigo representada pela empresa, confirmada pela assunção fática da posição de garante³⁴⁵. Portanto, a mera atribuição formal de um dever de garante é insuficiente para a responsabilidade penal omissiva, sendo necessário um poder fático de atuação do executivo diante do contexto criminoso. Finalmente, para que ocorra a tipicidade da omissão imprópria é necessário que o resultado seja previsível e que sua evitação seja possível. É preciso identificar se a conduta exigida pela norma evitaria a ocorrência do resultado com um grau de probabilidade próximo da certeza³⁴⁶.

c) Violação de regras administrativas de prevenção ao branqueamento

Blanco Cordero adverte que existe certa polêmica quanto à natureza do descumprimento das regras administrativas de cuidado, tal como assinaladas em algumas normas que tipificam o branqueamento de capitais (dentre elas a Lei nº 9.613/98), bem assim quanto aos efeitos desse descumprimento na caracterização da omissão imprópria³⁴⁷. Tais diplomas impõem algumas obrigações de caráter administrativo a determinados profissionais e entidades que atuam nos chamados setores sensíveis uma série de obrigações de caráter administrativo.

Dentre tais obrigações está o dever de compilar e armazenar informações sobre clientes e de comunicar a existência de atividades suspeitas. Segundo a ótica de Rodrigo De Grandis, isso não importa obrigatoriamente em atribuição expressa do dever de garantia, pois a norma estabelece o dever de colaborar com as autoridades de investigação, mediante a

SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, en ADPCP, 2002.

344 SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 383 e ss. No mesmo sentido, CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. p. 8 e ss. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5072605>. Acesso em 18.11.2022.

345 ESTELLITA, Heloisa Estellita. Ob. cit. p. 132.

346 GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. São Paulo: Marcial Pons, 2018; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Do tratamento penal da ingerência. Tese apresentada e aprovada no concurso de professor livre docente da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002785363>. Acesso em 18.11.2022.

347 Sobre o *compliance officer* e a omissão imprópria, vale conferir BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 962. Uma análise elucidativa dos contornos do dever de garante nos casos de crimes econômicos é realizada em BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Do tratamento penal da ingerência. Tese apresentada e aprovada no concurso de professor livre docente da Universidade de São Paulo.

sistematização e envio de informações sobre atividades suspeitas, mas não o dever de impedir práticas de lavagem de dinheiro³⁴⁸.

Em sentido oposto se posicionam Ulrich Sieber e outros, para os quais há um dever de garante porque o profissional que atua em tais setores detém vantagem informacional, detém acesso privilegiado a dados cuja revelação pode impedir a violação do bem jurídico protegido pela norma, especialmente se o bem jurídico for a administração da Justiça³⁴⁹. Aduz ainda que por deter domínio da informação, além de dever legal cujo cumprimento pode interromper o curso causal (especialmente porque a comunicação de certas operações afasta seu caráter oculto), o incumprimento dos deveres de colaboração caracteriza omissão imprópria, contanto que reste evidenciado o dolo do sujeito que se omitiu.

Mateo Bermejo preconiza uma posição intermediária na medida em que classifica em essenciais e acessórias, as obrigações dos profissionais que atuam em setores sensíveis. Sinaliza ele que obrigações essenciais são aquelas derivadas dos deveres de não executar operações suspeitas e de informar as autoridades sobre sua existência, ao passo que obrigações acessórias seriam as que propiciam as primeiras, tais como o dever de registro e armazenamento de informações sobre clientes e suas atividades econômicas. O jurista aduz ainda que o descumprimento de obrigações essenciais pode ensejar inclusive a responsabilização penal por colaboração ou omissão imprópria, ao passo que o descumprimento das obrigações acessórias importaria tão somente em sanções administrativas³⁵⁰.

348 “Forçoso é reconhecer, ao contrário do que ocorre com a União Europeia, por exemplo, a Lei nº 9.613/1998 não impõe às pessoas relacionadas em seu art. 9º o dever de abstenção de conduta que possa caracterizar o branqueamento de ativos, limitando-se a exigir que elas procedam à identificação adequada de seus clientes, mantenham registros de transações que realizarem e comuniquem às autoridades competentes a ocorrência de operações suspeitas”. DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal. In: Carli, Carla Veríssimo de (org.). Lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 115-138. Em sentido contrário: CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 248; SILVEIRA, Renato Mello Jorge. Ob. cit., p. 243.

349 Parte da doutrina entende que a violação das regras de compliance para prevenir lavagem de dinheiro pelo profissional da instituição financeira significa a “infração de um dever” que admite a omissão imprópria. Quanto ao tema: SIEBER, Ulrich. *Programas de Compliance no Direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica*. Trad. Eduardo Saad-Diniz; CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminal compliance e ética empresarial*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013; ESTELLITA, Heloisa. Ob. cit., p. 132.

350 BERMEJO, Mateo. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 311.

d) Domínio do fato e elementos subjetivos na omissão imprópria

Inobstante a relevância do princípio da legalidade, especialmente na definição do marco legal dos deveres de garante, ainda que confira às regras administrativas idoneidade suficiente para gerar o “dever de garante”, Pierpaolo Bottini³⁵¹ argumenta que o descumprimento das mesmas e ausência de impedimento da lavagem de dinheiro seriam insuficientes para atrair a responsabilidade por omissão, uma vez que também é necessário observar a capacidade de impedimento e o dolo de resultado. Aduz o jurista que deve ser demonstrado que o agente tem ciência do contexto da lavagem, conhece seu dever de garante, e dispõe de instrumentos para interromper o processo.

Ademais, busca densificar seu argumento mediante o exemplo de que o diretor de uma instituição financeira responsável pelo cadastro de informações ou *compliance* sobre correntistas, não seria responsável por eventual branqueamento realizado no setor de câmbio, pois, ainda que saiba de sua prática, não detém o dever de controlar ou evitar o delito praticado em setores fora de sua supervisão.

Argumenta mais que também os crimes omissivos impróprios exigem a presença do dolo, isto porque o ordenamento brasileiro inadmite lavagem de dinheiro na modalidade culposa, e assim, a mera desídia ou imprudência seria conduta penalmente atípica. Finaliza asseverando que, aquele que omite regra ou dever de cuidado sem conhecer que tal displicência colabora para a ocultação de capital ilícito, não é partícipe, tampouco coautor do delito, nem mesmo o pratica na forma colateral, por faltar-lhe o dolo, o elemento subjetivo necessário à tipicidade.

Quanto ao ponto, Teresa Quintela de Brito invoca o acórdão do TRP, de 27 de junho de 2012 (Proc. nº 7402/11.5.TBMAI.P1), segundo o qual “se o funcionário agir espontaneamente, sem estar a obedecer a ordens genéricas, ou num quadro de acção previamente definido pelos órgãos da sociedade, não é a esta entidade que pode imputar-se o facto, mas ao próprio agente”. E em arremate, a jurista lisboeta adverte que “não é a mera existência formal de programas de *compliance* que leva à exculpação da pessoa jurídica, tal como a sua ausência não implica forçosamente culpa penal do ente”³⁵².

351 BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 201-205.

352 BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. Ob. cit., p. 83.

1.4 Prevenção do branqueamento de capitais

Já na Convenção de Viena se observava o primeiro esforço global para uniformizar a prevenção ao branqueamento de capitais, posto que logo em seu preâmbulo, aquele pacto internacional apontava para o convencimento de que o combate efetivo a esse crime transnacional, então restrito aos fundos gerados com o tráfico ilegal de estupefaciente, além do que impunha ações coordenadas para destituição dos proveitos financeiros que os criminosos auferiam com suas atividades ilícitas, retirando-lhe, assim, seu principal incentivo. Com efeito, em seu artigo 3 (1) (b) e (c), a aludida convenção dispunha sobre a obrigação dos Estados aderentes no sentido de criminalizarem a atividade de branqueamento.

Sucedendo que a mera criminalização trazia em si problemas práticos para a persecução penal, pois ao contrário dos tipos tradicionais, os indícios e provas dos elementos constitutivos do novo ilícito estão geralmente situados em negócios privados, e estes, na maioria dos casos, são protegidos pelas leis nacionais de sigilo bancário. Precisamente em função disso foi necessário estudar mecanismos pelos quais os Estados pudessem proteger os respectivos setores econômicos da má utilização pelos criminosos e que auxiliassem a detecção da ocorrência da lavagem de dinheiro. Todavia, essa lacuna veio a ser preenchida especialmente através do GAFI, o qual, ainda em 1989, se dedicou a avaliar os resultados da cooperação em curso com objetivo de prevenir a utilização dos sistemas bancário e das instituições financeiras para a finalidade de lavagem de dinheiro, e para considerar medidas preventivas adicionais neste tema, inclusive a adaptação dos sistemas legislativos e regulatórios de forma a aperfeiçoar a assistência jurídica multilateral.

O resultado dos estudos preliminares foi apresentado em 1990, através de 40 (quarenta) Recomendações, que têm sido objeto de constante atualização, destacando-se que parte delas é voltada especificamente para a regulamentação administrativa do funcionamento de algumas atividades econômicas, chamadas genericamente de medidas preventivas de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo (medidas de PLD/FT). Tais recomendações partiram do princípio de que alguns atores estavam em melhor posição para enxergar e compreender a rede de transações financeiras de lavagem de dinheiro do que as autoridades estatais, e por isso mesmo, para se investigar essa modalidade criminosa seria indispensável contar com a cooperação direta desses terceiros, os quais poderiam inclusive se verem envolvidos, involuntariamente, na consecução de etapas do processo de inserção de proveitos ilícitos na economia formal.

Saliente-se ainda que as recomendações do GAFI foram fortemente influenciadas pelos princípios do Comitê da Basileia³⁵³, mas também por outras legislações, tais como a Lei de Sigilo Bancário dos EUA (*Bank Secrecy Act* — BSA²⁹) e as Recomendações do Conselho da Europa. Aliás, o próprio Comitê da Basileia já havia atentado, ao final de 1988, sobre a possível utilização do sistema bancário internacional para a lavagem de dinheiro, e reconheceu que, à época, a função da supervisão bancária estava associada, primordialmente, a garantir a estabilidade financeira e a solidez de bancos e ainda não se voltava a garantir que transações individuais conduzidas por clientes bancários fossem legítimas.

As medidas preventivas (PLD/FT) são estruturadas sob a forma de um tripé: a) identificação de clientes, b) manutenção de registros, c) comunicação de operações suspeitas às autoridades competentes. São elas dirigidas tanto à prevenção geral de delitos, quanto à detecção de condutas criminosas. Por isso mesmo são dirigidas não apenas às instituições financeiras, mas também a outros agentes. Assim, ainda em 1990 o GAFI reconhecia que as primeiras eram os principais instrumentos de transferência de fundos e que o *placement* era fase chave para todo o processo de lavagem de dinheiro. Contudo, isto não exclui o fato de que outros setores econômicos também poderiam ser mal utilizados por criminosos, e o fortalecimento dos controles sobre instituições financeiras poderia forçar o deslocamento das atividades criminosas para setores mais vulneráveis.

Para o GAFI, são consideradas atividades não financeiras de alto risco (APNFD's): a) cassinos, b) corretores de imóveis, c) comerciantes de metais preciosos, d) comerciantes de pedras preciosas, e) advogados, tabeliães, outros profissionais jurídicos independentes e contadores, f) prestadores de serviços a empresas e a *trustes*. Nesse tocante, Marcos Eduardo Cabello explica que foi precisamente a diversificação das técnicas de branqueamento de capitais, mediante atividades não financeiras, que acabou justificando a inclusão de contadores, advogados, cartorários, entre outros, no rol sujeitos submetidos aos deveres de prevenção³⁵⁴.

Em território brasileiro a obrigatoriedade das medidas preventivas veio com o art. 9º da Lei 9.613/98, alterado ainda pela Lei nº 12.683/2012, e que por força disso passou a abranger

³⁵³ O Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (BCBS) foi estabelecido em 1974 pelos presidentes dos bancos centrais dos países do Grupo dos Dez (G-10). É uma organização que congrega autoridades de supervisão bancária, visando a fortalecer a solidez dos sistemas financeiros. Normalmente se reúne no Banco de Compensações Internacionais, na cidade de Basileia, Suíça, onde se localiza sua secretaria permanente. Nesse comitê, são discutidas questões relacionadas à indústria bancária, visando estabelecer padrões de conduta, melhorar a qualidade da supervisão bancária e fortalecer a solidez e segurança do sistema bancário internacional. O BCBS emitiu importantes recomendações sobre a questão do branqueamento de capitais.

³⁵⁴ CABELLO, Marcos Eduardo. A política criminal de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro perpetrada através do futebol. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 1. n. 3. Brasília, dez. 2011. p. 179-205.

aqueles setores sensíveis indicados pelo GAFI, além de outros assim reputados pelos legisladores nacionais. Contudo, a mais significativa inovação se refere à obrigação de comunicação às autoridades competentes, sempre que as entidades obrigadas possuam “motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produto de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo”³⁵⁵. E tal inovação foi transposta para a legislação interna do Estado brasileiro através do art. 11, inciso II, alínea b, da Lei nº 9.613/98.

1.4.1 Deveres de cooperação dos setores não-financeiros sensíveis

Seguindo as diretrizes mundiais, especialmente aquelas traçadas pelo GAFI, a prevenção ao branqueamento impunha que cada Estado criasse uma Unidade de Inteligência Financeira, a qual seria destinada a gerir as informações sobre operações suspeitas, assim consideradas inicialmente as transações financeiras. Para tanto, se mostrava imprescindível sujeitar todas as instituições financeiras nacionais a deveres de colaboração e de informação. E seguindo tais diretrizes, no âmbito do Estado brasileiro foi instituído o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), através da multicitada Lei nº 9.613/98, a qual determinou que fosse ele implantado como órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, e atuando eminentemente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

O plenário do COAF é composto pelo respectivo presidente, o qual é nomeado pelo Presidente da República e a partir de indicação do Ministro da Fazenda, e por 11 (onze) conselheiros, designados em ato do Ministro da Fazenda³⁵⁶. A UIF brasileira tem por missão institucional produzir inteligência financeira e promover a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo³⁵⁷. Além disso, o §1º do artigo

³⁵⁵ Recomendação n. 20 do GAFI.

³⁵⁶ Os membros do COAF devem provir dos seguintes órgãos: a) Agência Brasileira de Inteligência (Abin), b) Banco Central do Brasil (BCB), c) Comissão de Valores Mobiliários (CVM), d) Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), e) Departamento de Polícia Federal (DPF), f) Ministério da Justiça (MJ), g) Ministério das Relações Exteriores (MRE), h) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), i) Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), j) Superintendência de Seguros Privados (Susep) e k) Ministério da Fazenda.

³⁵⁷ As competências do COAF estão definidas nos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.613/98. São elas: a) Receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; b) Comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito; c) Coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; d) Disciplinar e aplicar penas administrativas.

14 da mesma norma interna brasileira também atribuiu ao COAF competência de regular os setores econômicos para os quais não haja órgão regulador ou fiscalizador próprio. Nesses casos, cabe ao COAF definir as pessoas abrangidas e os meios e critérios para envio de comunicações, bem como a expedição das instruções para a identificação de clientes e manutenção de registros de transações, além da aplicação de sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 9.613/98.

Por dição expressa do art. 9º da Lei nº 9.613/98³⁵⁸, quaisquer pessoas físicas ou coletivas cujas funções, ainda que de caráter eventual, tenham por atividade principal ou acessória, alguma daquelas descritas no extenso rol do dispositivo supra, devem sujeitar-se às obrigações de identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras. Dentro do extenso rol da norma interna brasileira na qual estão descritas as atividades consideradas sensíveis para fins de prevenção ao branqueamento, os advogados foram contemplados no inciso XIV, sobretudo quando exercem atividades de assessoria ou consultoria³⁵⁹.

Não apenas a lista dos crimes subjacentes ao branqueamento, como sobretudo a composição do rol de pessoas e entidades sujeitas aos deveres de prevenção e combate ao branqueamento têm sido aspectos geratrizes de enorme polêmica em vários Estados, e não apenas por implicarem alterações do regime jurídico. Na verdade, a doutrina se mostra uníssona em reconhecer os efeitos deletérios gerados pela lavagem de ativos ilícitos, mas se mostra muito refratária à compreensão de que toda a sociedade deve se posicionar contra tal fenômeno criminológico. Com efeito, na visão da doutrina todos querem ver a sociedade “limpa de branqueamento”, mas poucos estão dispostos a contribuir na força-tarefa encarregada dessa assepsia, e curiosamente o raciocínio desenvolvido é sempre o mesmo, e

358 Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

359 Conforme o art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98: “As pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais(...)”.

costuma ser erigido a partir de algumas premissas: a) isso é tarefa do Estado; b) pessoas e entidades não podem ser convertidas em agentes estatais para prevenir o crime; c) deveres de colaboração violam o sigilo profissional; d) deveres de colaboração não podem ser impostos aos advogados sob pena de transformá-los em delatores dos próprios clientes; e) a imposição dos deveres de colaboração aos advogados malfez o direito à livre escolha do defensor.

Tais argumentos serão examinados com maior profundidade ao longo deste trabalho, e no momento oportuno será possível a cada leitor perceber se alguma das assertivas ostenta idoneidade, ou se, do contrário, consistem em meros sofismas construídos para demonstrar que os deveres de fidelidade e lealdade tão fervorosamente defendidos por alguns profissionais que atuam nos setores não-financeiros sensíveis se direcionam, na verdade, não ao cliente, mas ao dinheiro. Nada mais do que a cristalização do princípio *pecunia non olet*.

Ambos os pontos polêmicos foram objeto da Diretiva e da Decisão Quadro de Junho de 2001³⁶⁰, e por isso mesmo ganharam protagonismo no nascedouro do processo legislativo que conduziu ainda à edição da Lei nº 11/2004, de 27 de março, nos domínios portugueses. A técnica legislativa cuidou em distinguir entre entidades financeiras e entidades não-financeiras sensíveis. Aliás, este foi o mesmo critério adotado nos domínios brasileiros, tanto pela Lei nº 9.613/98, quanto pela Lei nº 12.683/2012, que implementou alterações no regime jurídico antibranqueamento do Brasil.

Discorrendo ainda sobre a Lei nº 11/2004, de 27 de março, Vitalino Canas³⁶¹ leciona que “a lei do branqueamento mantém essa arrumação, tratando na subsecção I, da secção II, do capítulo 11, dos deveres das entidades financeiras (mas também de deveres de entidades de supervisão) e, na subsecção II da mesma secção e capítulo, dos deveres das entidades não financeiras. Sem embargo, uma análise do texto da lei mostra que essa bipartição, embora tradicional e mantida pelo legislador, esconde uma realidade muito mais complexa”. Adverte o jurista que tanto sujeitos a deveres, assim como algumas hipóteses de descumprimento foram agrupados em cinco categorias, e não apenas duas³⁶².

Canas³⁶³ salienta igualmente que algumas dessas categorias têm as seguintes subdivisões: a) entidades financeiras (sempre pessoas coletivas, ditas pessoas jurídicas no

360 A Decisão-Quadro do Conselho de 26 de junho de 2001, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime, publicada, no Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 5 de julho de 2001.

361 CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004. p. 79-80.

362 Poder-se-ia sustentar ainda a existência de um grupo composto por todos as pessoas, sujeitas ao dever de segredo implicitamente consagrado no art. 12º, nº 2.

363 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 80.

Brasil); b) entidades não-financeiras, compreendidas como pessoas coletivas ou pessoas singulares (profissionais liberais, funcionários públicos, dentre outros); c) autoridades de supervisão e de fiscalização; d) pessoas singulares que exerçam funções de direção, gerência ou chefia, ou sejam empregados ou mandatários, ou que prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional nas entidades financeiras e não-financeiras que atuem como pessoas coletivas, ou empregados, mandatários ou que prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional a entidades não financeiras que não sejam pessoas coletivas; e) o próprio Estado.

Consoante já destacado linhas atrás, em Portugal o regime jurídico antibranqueamento, outrora disciplinado pela Lei nº 11/2004, veio a ser alterado pela Lei nº 25/2008, de 05 de junho, e esta, por seu turno, veio a ser revogada pela Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, que atualmente disciplina o tema em estudo. Com efeito, este último diploma estabeleceu medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpôs parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, bem como alterou o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial.

Relativamente às entidades submetidas ao atual estatuto antibranqueamento de Portugal, verifica-se que foram divididas em três grupos: a) entidades financeiras (art. 3º), b) entidades não-financeiras (art. 4º), c) entidades equiparadas a entidades obrigadas (art. 5º). Cumpre ainda observar que em seu extenso art. 2º, a Lei nº 83/2017 cuidou em definir cada um dos termos ou expressões relevantes sobre o tema em debate, tais como agente, atividades imobiliárias, auditores, banco de fachada, dentre outros.

Naturalmente, o legislador luso dedicou alínea própria para definir “branqueamento de capitais” (art. 2º, alínea “j”), assim como aludiu de forma remissiva às “entidades financeiras” (art. 2º, alínea “p”), “entidades não-financeiras” (art. 2º, alínea “q”), e “entidades obrigadas” (art. 2º, alínea “r”). Nesse contexto, o crime de branqueamento de capitais restou definido como: a) as condutas previstas e punidas pelo artigo 368º-A do Código Penal; b) a aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua recepção, de que provêm de uma atividade criminosa, ou da participação numa atividade dessa natureza; c) a participação num dos atos a que se referem as subalíneas anteriores, a associação para praticar o referido ato, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o fato de facilitar a sua execução ou de aconselhar alguém a praticá-lo.

Contudo, através do art. 79º da Lei nº 83/2017, o legislador português explicitou que não seria configurada como divulgação de informação proibida, nos termos do nº 1 do artigo

54º, qualquer tentativa de dissuasão de prática de atividade ilegal eventualmente realizada por auditores, contabilistas certificados e consultores fiscais, constituídos em sociedade ou em prática individual, ou por advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual.

O ponto comum é que todas estas pessoas ou entidades estão sujeitas a deveres no quadro da lei³⁶⁴, ainda que em variável intensidade. Contudo, os grupos das entidades financeiras e não-financeiras estão sujeitos ao grau máximo de incidência. De fato, estes dois grupos se afiguram como alvos primordiais da lei, pois a eles se destinam os deveres de colaboração. Aliás, cabe refletir que o Estado não detém deveres de colaboração. O Estado detém dever muito superior, qual seja, o dever da tutela jurídica da sociedade. E na medida em que o Estado não se mostra capaz de, sozinho, investigar eficazmente e deflagrar a persecução penal com alguma expectativa de êxito, sobram apenas dois caminhos: a) demandar o apoio de segmentos especializados da sociedade; b) vergar-se aos domínios do crime.

Aliás, a propósito dos deveres estatais de combate ao branqueamento, Teresa Quintela de Brito destaca que, ainda sob a vigência da Lei nº 25/2008, de 05 de junho, havia uma série de medidas de proteção dos “denunciantes cívicos” que estivessem sujeitos às disposições daquele diploma legal, nomeadamente aquelas relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e de determinadas atividades e profissões para o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo. Assinala a jurista lisboeta que, tanto o art. 16º, nº 2, dispunha que as informações por eles prestadas somente poderiam ser utilizadas em processo penal, com resguardo da identidade de quem as forneceu, como também o art. 20º, nº 2, continha uma cláusula de exclusão de tipicidade da conduta do denunciante relativamente ao crime de violação de segredo e da própria responsabilidade pelos ilícitos denunciados, em cuja prática o denunciante houvesse tomado parte³⁶⁵.

Embora a criatividade dos branqueadores seja capaz de conceber métodos e técnicas variadas, em algum momento a maioria das operações se processa através dos sistemas financeiros³⁶⁶, razão por que são especialmente importantes os deveres de cautela incumbidos a tais entidades. Aliás, por dicção expressa do art. 13º da Lei nº 11/2004, as entidades

364 Cabe ponderar que a incidência da responsabilidade contra-ordenacional varia de grupo para grupo, conforme lógicas e critérios distintos fixados na lei.

365 BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. Ob. cit., p. 88.

366 Inobstante existam diversos exemplos de utilização de mecanismos informais, substitutivos do sistema financeiro tradicional, como é o caso dos *howata*, tal fato suscita cada vez maior atenção. Disponível em: www.interpol.int/Public/FinancialCrime/MoneyLaundering/default.asp. Acesso em: 19.11.2022.

financeiras sujeitas aos deveres de colaboração são: a) instituições de crédito; b) empresas de investimento e outras sociedades financeiras; c) empresas seguradoras; d) sociedades gestoras de fundos de pensões; e) sociedades de titularização de créditos; f) sociedades de capitais de risco; g) agências de câmbio; h) entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco; i) entidades que comercializem as suas unidades de participação; j) concessionárias de serviço postal universal. Todas estão sujeitas aos deveres, desde que sediadas em território português, ou ainda na hipótese em que detenham sucursais instaladas em território luso, excetuando-se apenas as concessionárias de serviço postal, ante a compreensão de que não seria configurável que os concessionários de serviço postal universal em outros Estados possam deter sucursais em Portugal, ou vice-versa.

Atualmente, por disposição do art. 3º da Lei nº 83/2017, as entidades financeiras estão assim relacionadas: a) instituições de crédito; b) instituições de pagamento; c) instituições de moeda eletrônica; d) empresas de investimento e outras sociedades financeiras; e) sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário autogeridas; f) sociedades de capital de risco, investidores em capital de risco, sociedades de empreendedorismo social, sociedades gestoras de fundos de capital de risco, sociedades de investimento em capital de risco e sociedades de investimento alternativo especializado, autogeridas; g) sociedades de titularização de créditos; h) sociedades que comercializam, junto do público, contratos relativos ao investimento em bens corpóreos; i) consultores para investimento em valores mobiliários; j) sociedades gestoras de fundos de pensões; k) empresas e mediadores de seguros que exerçam atividades no âmbito do ramo “vida”.

Segundo os limites impostos pelo ordenamento português, desde 2004 as sucursais de entidades financeiras estrangeiras situadas em território português, bem como as sucursais de entidades financeiras portuguesas situadas em território estrangeiro, somente terão de atender aos deveres de colaboração quando estiverem diante de operações, parcial ou integralmente realizadas em território luso. É forçoso admitir, todavia, que em certas operações é difícil ou mesmo impossível determinar um espaço geográfico exato no qual a operação financeira tenha se implementado, como no caso das chamadas “operações desmaterializadas”. Em tais hipóteses será obrigatório invocar ficções de natureza jurídica.

Observe-se que, ainda durante a vigência da Lei nº 11/2004, foram inseridas as empresas de investimento em geral, as sociedades de titularização de créditos, as sociedades de capitais de risco, as agências de câmbio, as entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco, e as entidades que comercializem as suas unidades de participação. Todas estas passaram a compor o rol de obrigados aos deveres de

colaboração. Antes disso, tal ônus era imposto somente às sociedades financeiras. Além disso, vale aludir que o art. 19º, nº 3 do multicitado diploma legal aponta algumas entidades não-financeiras que, mesmo não sujeitas aos deveres de prevenção e repressão ao branqueamento, figuram como agentes passivos do fenómeno. Assim, o diploma legal não sujeitou aos deveres de colaboração três espécies de entidades: a) as sociedades gestoras de mercados de valores mobiliários, b) as sociedades gestoras de sistemas de liquidação e de sistemas centralizados de valores mobiliários, c) as sociedades gestoras de mercados de câmbios. Todavia, todas as três poderão figurar como sujeitos passivos, eis que mediante inspeção sobre elas realizadas por autoridades supervisoras é possível alcançar-se o conhecimento ou a fundada suspeita de fatos que apontem para a prática de branqueamento de ativos ilícitos, e nesse caso as evidências deverão ser reportadas ao Procurador-Geral da República.

Relativamente às entidades financeiras, embora seja certo que estão sujeitas aos deveres de prevenção e repressão, tais deveres podem existir apenas em circunstâncias específicas. Por exemplo, as seguradoras somente estão obrigadas se realizarem atividades no âmbito do ramo “vida”, ao passo que as concessionárias do serviço postal universal somente terão que colaborar com o Estado se executarem serviços financeiros. Em paralelo, ainda em 2004 algumas das entidades financeiras estavam sujeitas a regras avulsas especiais, inseridas em outras normas, que complementavam e se articulavam com as da lei do branqueamento. Nessa trilha, cabe aludir ao disciplinamento legal feito pela Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, que atribuiu às instituições de crédito e às sociedades financeiras o cumprimento de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, razão por que se mostra necessário um esforço de coordenação e harmonização normativa.

Consoante o ordenamento português, as entidades não-financeiras sensíveis e, portanto, sujeitas aos deveres de colaboração são: a) concessionários de exploração de jogo em casinos; b) que exerçam atividades de mediação imobiliária; c) que exerçam a atividade de compra e revenda de imóveis; d) que procedam a pagamentos de prémios de apostas ou loterias; e) leiloeiros; f) comerciantes de bens de elevado valor unitário; g) revisores oficiais de contas; h) técnicos oficiais de contas; i) auditores externos; j) transportadores de fundos; k) consultores fiscais; l) sociedades; m) notários; n) conservadores de registos; o) advogados; p) solicitadores; q) outros profissionais independentes; r) funcionários de finanças.

Atualmente, por disposição do art. 4º da Lei nº 83/2017, as entidades não-financeiras, foram assim relacionadas: a) concessionários de exploração de jogo em casinos e concessionários de exploração de salas de jogo do bingo; b) entidades pagadoras de prémios de apostas e loterias; c) entidades abrangidas pelo Regime Jurídico dos Jogos e Apostas

Online (RJO), aprovado pelo Decreto-Lei nº 66/2015, de 29 de abril; d) entidades não previstas no artigo anterior que exerçam qualquer atividade imobiliária; e) auditores, contabilistas certificados e consultores fiscais, constituídos em sociedade ou em prática individual; f) advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual; g) prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou a centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica; h) outros profissionais que intervenham em operações de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais; i) operadores económicos que exerçam a atividade leiloeira, incluindo os prestamistas; j) operadores económicos que exerçam as atividades de importação e exportação de diamantes em bruto; k) entidades autorizadas a exercer a atividade de transporte, guarda, tratamento e distribuição de fundos e valores, prevista na alínea “d” do n.º 1 do artigo 3.º da Lei nº 34/2013, de 16 de maio; l) comerciantes que transacionem bens ou prestem serviços cujo pagamento seja feito em numerário.

Especificamente quanto às chamadas profissões jurídicas, o legislador português diligenciou no sentido de excetuar algumas obrigações aos advogados e solicitadores. Com efeito, a propósito das operações suspeitas, dispôs o art. 79º, nº 1 da Lei nº 83/2017, que “Sempre que atuem no decurso da apreciação da situação jurídica de cliente ou no âmbito da defesa ou representação desse cliente em processos judiciais ou a respeito de processos judiciais, mesmo quando se trate de conselhos prestados quanto à forma de instaurar ou evitar tais processos, independentemente de essas informações serem recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo, os advogados e os solicitadores não estão obrigados: a) à realização das comunicações previstas no artigo 43.º e nos nºs 2 e 3 do artigo 47º; b) à satisfação de pedidos relacionados com aquelas comunicações, no âmbito do dever de colaboração previsto no artigo 53º”. Contudo, o nº 2 do mesmo dispositivo legal salientou que “Fora das situações previstas no número anterior, os advogados e os solicitadores: a) no âmbito das comunicações previstas no artigo 43º e nos nº 2 e 3 do artigo 47º, remetem as respetivas informações ao bastonário da sua ordem profissional, cabendo a este transmitir as mesmas, imediatamente e sem filtragem, ao DCIAP e à Unidade de Informação Financeira; b) no âmbito do dever de colaboração previsto no artigo 53º, comunicam, no prazo fixado, as informações solicitadas: i) ao bastonário da sua ordem profissional, quando os pedidos estejam relacionados com as comunicações referidas na alínea anterior, cabendo àquela ordem a transmissão das informações à entidade requerente, imediatamente e sem filtragem; ii) Diretamente à entidade requerente, nos demais casos.

De maneira similar, o ordenamento jurídico brasileiro assinalou através do art. 9º, § único, da Lei nº 9.613/98, com posteriores alterações pela Lei nº 12.683/2012, que são reputados setores não-financeiros sensíveis ao branqueamento as atividades seguintes: a) as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; b) as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; c) as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; d) as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; e) as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*), as empresas de fomento comercial (*factoring*) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); f) as sociedades que, mediante sorteio, método assemelhado, exploração de loterias, inclusive de apostas de quota fixa, ou outras sistemáticas de captação de apostas com pagamento de prêmios, realizem distribuição de dinheiro, de bens móveis, de bens imóveis e de outras mercadorias ou serviços, bem como concedam descontos na sua aquisição ou contratação; g) as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; h) as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiros, de câmbio, de capitais e de seguros; i) as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; j) as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; k) as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades; l) as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; m) as juntas comerciais e os registros públicos; n) as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: n.1) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; n.2) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; n.3) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; n.4) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; n.5) financeiras, societárias ou imobiliárias; n.6) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos

relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; o) pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; p) as empresas de transporte e guarda de valores; q) as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização; r) as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

É certo que, tanto no Brasil, quanto em Portugal, ambos são grupos muito mais heterogêneos do que o grupo das entidades financeiras, mas cumpre destacar que foram construídos não apenas a partir de normativas internacionais, tais como a Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2021, mas, sobretudo, a partir da criatividade dos branqueadores que continuamente cuidam em farejar algum ofício profissional cujas peculiaridades possam ser exploradas com a finalidade de ocultação ou dissimulação do dinheiro sujo.

Dentre os setores não-financeiros sensíveis, as normas nacionais antilavagem incluíram alguns que causaram enorme controvérsia em diversos Estados, inclusive em Portugal e no Brasil. Foram eles os advogados e os solicitadores, com destaque aos primeiros. Para além destes, merecem alusão os revisores oficiais de contas, os consultores fiscais, os leiloeiros e certas sociedades. Todavia, a cautela do legislador português foi maior, tanto que contemplou não apenas os funcionários das finanças, como ainda uma espécie de categoria residual que já se poderia considerar englobada na designação genérica de “outras entidades” que intervenham em certos negócios (art. 8º-B da Lei nº 325/95, de 2 dezembro, introduzido pela Lei nº 10/2002, de 11 de fevereiro).

Naturalmente que a referência genérica às várias entidades não financeiras não desobriga uma apreciação sumária de algumas delas que só estão sujeitas aos deveres em certas circunstâncias. Quanto ao ponto, os advogados, solicitadores e notários serão contemplados em tópico específico deste trabalho. Por ora, basta aludir que argumenta-se a existência de dificuldade na delimitação material das atividades por eles desempenhadas, mas quanto a isso o art. 20º, alínea “f” da Lei nº 11/2004 apontou serem aqueles que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: a) de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes; c) de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras ou imobiliárias, em

representação do cliente; f) de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais.

Sobre tais hipóteses Canas³⁶⁷ destaca que as várias alíneas são praticamente transcrição da Diretiva nº 2001/97/CE, exceto aquela alusiva à alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais, ante as suspeitas de que esta seja uma forma de lavar ativos ilícitos.

Verifica-se que, relativamente às entidades não-financeiras, não foi inserida regra semelhante à do art. 13º, nº 2 da Lei nº 11/2004, portanto, não se cogita sobre sucursais destas entidades que atuem em Portugal, mas cujas sedes estejam localizadas no exterior. Aliás, esta foi a trilha apontada pela Diretiva nº 201/97/CE, em cujo art. 1º só alude às sucursais de instituições de crédito e instituições financeiras. Entretanto, é possível admitir que o conteúdo do art. 13º, nº 2, represente uma espécie de regra-geral, aplicável tanto a sucursais de pessoas jurídicas financeiras, quanto não-financeiras sensíveis.

É oportuno lembrar que a lei não tem palavras inúteis, e quanto ao branqueamento o diploma legal em análise apontou que estão sujeitos aos deveres os concessionários de jogos em casinos. Daí se infere que outro tipo de concessionários de jogos que eventualmente existam ou venham a existir não estão sujeitos aos deveres de colaboração, salvo quando a lei sofre alguma reforma ampliativa. Por outro lado, ao contrário da Diretiva nº 201/97/CE (art. 3º, nºs 5 e 6), a Lei nº 11/2004 não distinguiu os casinos que estão sujeitos a fiscalização pública. Já os leiloeiros e outros comerciantes de bens de elevado valor monetário, estão igualmente sujeitos aos deveres sempre que esteja em causa a transação de pedras e metais preciosos, antiguidades, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis (art. 25º). Entretanto, admitindo-se como taxativa a lista de bens, a eventual ocultação de dinheiro ilícitos através da compra e venda de outros bens poderia ensejar alegativa de atipicidade penal da conduta.

Portanto, e a partir desse contexto, não se mostra razoável blindar advogados ou contadores dos deveres de colaboração, eis que, em decorrência de seus conhecimentos especiais, podem ser instrumentalizados para atuarem como agentes facilitadores do branqueamento de capitais, e a partir da oferta de generosos honorários profissionais, podem ser estimulados a fazer poucas perguntas sobre a origem dos recursos que serão por si geridos, contabilizados, aplicados ou estruturados em operações de aquisição imobiliárias ou societárias, de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, de abertura e gestão de

367 CANAS, Vitalino. Ob. cit. p. 86.

contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários, ou ainda de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas.

Ainda a propósito da utilidade das palavras, termos ou expressões inseridas nas normas, nacionais ou internacionais, é muito oportuno aludir a outro ponto que tem gerado muita polémica acerca da configuração do tipo subjetivo do branqueamento. Trata-se do conhecimento do agente acerca dos propósitos branqueadores. Quanto ao tema a Diretiva nº 201/97/CE advertiu textualmente em seu art. 1º, especificamente na parte final da alínea “c”, que “o conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um elemento das actividades acima referidas³⁶⁸, podem ser apurados com base em circunstâncias factuais objectivas”.

Vitalino Canas³⁶⁹ reflete que a inclusão dos transportadores de fundos nesse rol pode suscitar questionamentos, eis que sua intervenção se exaure no transporte físico do dinheiro de um local para outro, ou de um país para outro, além do que não implica transformação na configuração ou na natureza dos capitais (em sentido próprio). Admite, contudo, que ao incluir os transportadores de fundos, o legislador abre uma nova frente de ataque ao fenómeno, atuando a montante do *placement*, fase inaugural do branqueamento.

Conforme destacado em tópico anterior, a política criminal portuguesa de prevenção ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo evoluiu e contou ainda com a edição da Lei nº 25/2008, de 5 de junho, a qual implementou alterações no Código Penal e no Código da Propriedade Industrial, e depois disso, em 17.09.2017, entrou em vigor Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, que fixou novas medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Tal diploma é o que disciplina a matéria nos dias atuais, e representa a transposição da normatização contida na Diretiva nº 2015/849/EU, de 20.05.2015, e na Diretiva 2016/2258/EU, de 06.12.2016, ambas oriundas do Parlamento Europeu e do Conselho. Portanto, assiste inteira razão a Anabela

368 A caracterização do branqueamento de capitais, segundo a redação da alínea “c” do art. 1º da Diretiva nº 201/97/CE se opera por meio das seguintes atividades: a) conversão ou transferência de bens, com conhecimento, por parte de quem as efectua, de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos mesmos ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtar-se às consequências jurídicas dos seus actos; b) dissimulação ou encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou propriedade de determinados bens ou de direitos relativos a esses bens, com conhecimento pelo autor de que tais bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza; c) aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza; d) a participação num dos actos referidos nos travessões anteriores, a associação para praticar o referido acto, as tentativas de o perpetrar, o facto de ajudar, incitar ou aconselhar alguém a praticá-lo ou o facto de facilitar a sua execução. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0097&from=DE>. Acesso em 20.11.2022.

369 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 85-86.

Miranda Rodrigues³⁷⁰ quando apregoa que a sucessão de normas internacionais voltadas ao tema corrobora que o art. 83º, nº 1 do TFUE aponta o branqueamento de capitais como um dos domínios da criminalidade particularmente grave, com dimensão transfronteiriça, e que, por isso mesmo, justifica a competência legislativa da União Europeia, em busca de uma harmonização das legislações penais dos Estados-Membros.

1.4.2 Deveres de prevenção

O art. 2º da Lei nº 11/2004 enumerava um conjunto de deveres de forma sistemática e ordenada, diferentemente do que sucedia na legislação pretérita, conforme assinala Nuno Brandão, para quem a ordenação dos deveres decorria simplesmente de interpretação e tratamento doutrinário da lei³⁷¹. Os deveres enumerados naquele preceito eram os seguintes: a) dever de exigir a identificação; b) dever de recusa de realização de operações; c) dever de conservação de documentos; d) dever de exame; e) dever de comunicação; f) dever de abstenção; g) dever de colaboração; h) dever de segredo; i) dever de criação de mecanismos de controlo e de formação.

Tais deveres foram mantidos no art. 6º da Lei nº 25/2008, de 5 de junho, e se encontram atualmente disciplinados no art. 11º da Lei nº 83/2017. São eles: a) dever de controlo; b) dever de identificação e diligência; c) dever de comunicação; d) dever de abstenção; e) dever de recusa; f) dever de conservação; g) dever de exame; h) dever de colaboração; i) dever de não divulgação; j) dever de formação.

A técnica legislativa observada nos três diplomas legais se afigurou muito semelhante, eis que, após a identificação clara do rol de obrigações num determinado dispositivo, os demais se voltam a disciplinar cada uma das obrigações previamente listadas, além do que tornam evidente que, tanto entidades financeiras, quanto as não-financeiras, se encontram igualmente sujeitas a todos aqueles ônus obrigacionais, ressalvada tão somente alguma situação excepcional indicada no próprio diploma.

A propósito de tais exceções, Vitalino Canas destaca que “não desmente este esforço de sistematização do legislador o fato de deveres específicos de algumas entidades não terem sido incluídos na lista”³⁷². E densificando seu comentário, o jurista enumera hipóteses, todas

370 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico. Uma política criminal na era compliance*. Coimbra. Almedina, 2019. p. 102.

371 DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. Branqueamento de capitais. O Regime do DL 15/93, de 22 de janeiro e a Normativa Internacional. Porto, 2002. p. 163-85; BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 25-60.

372 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 88.

identificadas ainda no âmbito da Lei nº 11/2004: a) o dever de obter informação sobre a origem e o destino dos fundos que, apesar de enunciado numa disposição respeitante ao dever de exame (art. 7º, nº 2), não se confunde com este; b) o dever de obter informação sobre a justificação das operações em causa (art. 7º, nº 2); c) o dever dos concessionários de exploração de jogo emitirem cheques seus em troca de fichas só em certas condições (art. 22.º, nº 1, alíneas “b” e “c”); d) o dever das entidades de mediação imobiliária ou similares de procederem às comunicações do art. 23º, nº 2, as quais são distintas do dever de comunicação da alínea “e” do art. 2º.

Frisa ainda que, nos casos assinalados, existem obrigações próprias de uma entidade, contudo, reconhece a existência de deveres isolados, impostos a instituições diversas das entidades financeiras ou não-financeiras, tal como se observa no ônus de fiscalização do cumprimento dos deveres das entidades de supervisão (art. 19º, nº 1), ou na obrigação imposta à Ordem dos Advogados e à Câmara dos Solicitadores no sentido de que exerçam o poder disciplinar sobre seus filiados (arts. 50º e 51º). E isto não deriva de qualquer propósito de restringir o livre exercício da advocacia, ou do direito do cliente à livre escolha do advogado. Decorre sim, da necessidade de dificultar que contadores, advogados e outros profissionais da área jurídica (dentre outros segmentos não-financeiros sensíveis), por seus conhecimentos especiais, sejam instrumentalizados pela criminalidade organizada, e sejam convertidos em facilitadores do branqueamento de capitais.

1.4.3 Responsabilidades estatais de prevenção

Por força do art. 11º, nº 2, da Diretiva nº 2001/97/CE, Os Estados-membros devem assegurar que as instituições e as pessoas a ela sujeitas tenham acesso a informações atualizadas sobre as práticas de branqueamento de capitais, e sobre os indícios que permitam identificar transações suspeitas. Trata-se de um ônus a ser cumprido eficazmente pelos Estados, pois se assim não o fizerem, obviamente não ostentarão autoridade suficiente para cobrar das entidades obrigadas (financeiras ou não-financeiras) que observem as disposições contidas em suas legislações internas voltadas à política de prevenção e repressão ao crime de branqueamento.

Uma das críticas da doutrina em relação à Lei nº 11/2004 residia justamente na ausência de dispositivo voltado ao cumprimento desta injunção da Diretiva nº 2001/97/CE, e na visão

de Vitalino Canas³⁷³, isso talvez se justificasse pela necessidade de realizar arranjos institucionais em vários níveis que envolviam mobilização de recursos, além de alterações profundas quanto à orientação de certos serviços, especialmente no Poder Judiciário, no Ministério Público, e nos órgãos de polícia criminal. Alertava, contudo, que a omissão reiterada quanto ao desenvolvimento de mecanismos de acesso à informação adequada representaria circunstância dirimente para o descumprimento, parcial ou total, de certos deveres de exame, comunicação e abstenção que exigissem conhecimento mais aprofundado sobre os métodos e estratégias dos agentes branqueadores.

Vale observar que tal omissão verificada no ordenamento interno português veio a ser suprida pela Lei nº 83/2017, seja através do art. 8º, que disciplinou a avaliação nacional de risco, seja mediante o art. 123º, que estabeleceu políticas de prevenção e combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo. Naquele primeiro dispositivo, restou estatuído que a condução das avaliações nacionais dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo caberá à Comissão de Coordenação, devendo esta promover, com uma periodicidade adequada aos riscos concretos identificados, os exercícios de avaliação e atualização que se mostrassem necessários ao cumprimento de sua missão, desenvolvendo os instrumentos, procedimentos e mecanismos para o efeito necessário. Já no segundo dispositivo, restou assinalado que a Comissão de Coordenação submeterá anualmente à aprovação do Conselho de Ministros um relatório de avaliação e proposta das políticas necessárias ao prosseguimento da estratégia nacional de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, com base nos riscos identificados e na contínua aferição da eficácia de tais políticas (nº 1).

Além disso, a UIF, as demais autoridades judiciais, policiais e setoriais com competências ao abrigo do Estatuto Antibranqueamento, as restantes entidades que integram a Comissão de Coordenação, bem como quaisquer outros decisores políticos ou quaisquer outras entidades com responsabilidades no domínio da prevenção e do combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, deverão manter coordenação e cooperação a nível nacional, com vista: a) ao desenvolvimento e à execução das políticas a que se refere o número anterior, em termos que garantam a conformidade técnica e a eficácia do sistema nacional de prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo; b) à compreensão dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento

373 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 124.

do terrorismo que devem informar aquelas políticas, designadamente no contexto dos exercícios de avaliação e atualização a que se refere o artigo 8º (nº 2).

Canas³⁷⁴ adverte ainda que outro dever estatal situado fora do estrito quadro de transposição da Diretiva, mas a ela relacionado em alguma medida, seria o de informar às entidades obrigadas sobre o destino ou a tramitação dada às comunicações e informações por elas prestadas, a partir do conhecimento efetivo ou de suspeitas de operações ilegais voltadas ao branqueamento. Esclarece não ser possível, tampouco desejável, criar mecanismos de quebra do segredo de justiça sobre investigações realizadas, mas converge com a posição de Patrício Paul no sentido de que seria oportuno conceber-se um sistema de informação que permitisse às entidades obrigadas conhecer quantas das suas comunicações ensejaram investigações criminais ou ações penais, e quantas desaguarão em suspeitas efetivas, ou em certeza da prática de branqueamento de capitais³⁷⁵. De fato, é provável que a existência de algum reporte às entidades obrigadas sobre os efeitos do cumprimento dos deveres de prevenção servisse como estímulo e incentivo à manutenção do empenho das mesmas.

1.4.4 Responsabilidades dos advogados e solicitadores

Advogados e solicitadores são os únicos incumbidos das funções de consultoria jurídica e patrocínio judiciário, razão por que, no ordenamento português, representam as únicas categorias profissionais beneficiárias do regime especial previsto pela Diretiva nº 2001/97/CE para as profissões forenses, isto porque os notários ostentam um estatuto próprio que modificou significativamente a natureza de seu ofício.

Relativamente aos deveres cometidos às entidades não financeiras, o art. 20º alínea “f” da Lei nº 11/2004 preconizou que advogados, solicitadores e outros profissionais independentes estavam sujeitos aos deveres de prevenção sempre que intervissem ou assistissem, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: a) de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes; c) de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras ou imobiliárias, em

374 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 125.

375 Certa parcela da doutrina portuguesa questionava se autoridades judiciárias podiam informar se dada operação concreta foi considerada relacionada com o narcotráfico ou qualquer outro fato ilícito típico subjacente ao branqueamento. (PAUL, Jorge Patrício. Ob. cit., p. 54).

representação do cliente; f) de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais.

Daí se infere que, tal qual a Diretiva nº 2001/97/CE, a Lei nº 11/2004 contemplou duas formas distintas para o advogado intervir na operação: a) representação em nome do cliente; b) atuação por conta de um cliente. Na primeira hipótese, a intervenção ou assistência em representação do cliente é considerada mais severa pela lei, razão por que os deveres de prevenção deveriam ser ativados sempre que estivesse em causa qualquer operação financeira ou imobiliária, independentemente de sua natureza. Já na segunda situação, em que o advogado intervém ou assiste na operação simplesmente por conta do cliente, este é o titular dos atos juridicamente relevantes, e não seu advogado, de modo que apenas em cinco das seis hipóteses taxativas acima aludidas eram ativados os deveres de prevenção, restando inaplicável a submissão do advogado à lei antibranqueamento nas operações financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente.

De fato, somente no âmbito das operações assinaladas no art. 20º, alínea “f” da Lei nº 11/2004 é que os advogados suportavam os deveres específicos de: a) identificação dos clientes e do objeto dos contratos e operações, sempre que os montantes envolvidos fossem iguais ou superiores a quinze mil euros (art. 29º); b) recusa de realização de operações ou contratos, nos termos gerais da lei, se os clientes se recusassem a fornecer os elementos de identificação solicitados (art. 4.º); c) conservação de documentos, nos termos gerais (art. 5º); d) exame, nos termos gerais (art. 6.º).

Os deveres de controle e formação aparentemente se mostram inaplicáveis aos advogados, contudo, os deveres de comunicação e de colaboração sempre foram os que mais colidiam com a imposição de segredo profissional, o qual foi preservado pela lei portuguesa em certas circunstâncias. Com efeito, mesmo os deveres de comunicação e de colaboração dos advogados eram inexigíveis sempre que as informações fossem obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, quer as informações fossem obtidas antes, durante ou depois do processo, isto por dicção do art. 30º, nº 3 da Lei nº 11/2004.

É imperativo reconhecer que a lei portuguesa buscou salvaguardar o sigilo profissional em todas as hipóteses, mas se mostrou menos eficaz que a Diretiva na hipótese de consulta jurídica, posto que a norma internacional aludiu às informações recebidas pelo advogado de um dos clientes, ou obtidas sobre um dos seus clientes no processo de determinar a situação

jurídica por conta do cliente, ao passo que a Lei nº 11/2004 adotou a expressão “informações (...) obtidas no contexto da avaliação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica”. Daí resulta que a consulta jurídica tem contornos mais amplos do que a atividade profissional de determinar a situação jurídica do cliente, isto porque tal diagnóstico é realizado no âmbito da consulta jurídica, mas nem toda consulta jurídica contém um diagnóstico voltado a definir uma estratégia de defesa para o cliente. Portanto, o que se extrai é que o legislador não intentou pôr a salvo a totalidade das informações obtidas no exercício da consulta jurídica.

Nessa linha de pensamento, Vitalino Canas³⁷⁶ reconhece que quando o advogado é contratado para lavrar um contrato, para montar uma operação de compra de imóveis ou de sociedades comerciais, para colocar, de forma juridicamente correta, alguns recursos financeiros em valores mobiliários numa zona *offshore*, não está praticando meros atos de avaliação da situação jurídica do cliente, e por isso mesmo estará sujeito aos deveres de prevenção, não podendo invocar o escudo do sigilo profissional.

Essa é precisamente a mesma opinião de Pierpaolo Bottini³⁷⁷, ao asseverar que os advogados de representação contenciosa não são obrigados à comunicação, tampouco estará obrigado o advogado consultado pelo réu para orientá-lo, em processo administrativo ou judicial específico, ou para determinar sua situação jurídica, entretanto, bem diversa é a situação do advogado que colabora com a estruturação de operações que possam ser usadas para lavagem de dinheiro, pois, nessa hipótese, não estará exercendo a defesa do cliente, tampouco estará se limitando a apreciar sua situação jurídica, e por isso mesmo está sujeito à obrigação de prestar informações às autoridades públicas sobre atos suspeitos de branqueamento.

O disciplinamento atual do tema em Portugal se opera por meio do art. 4º, nº 1, alínea “f” da Lei nº 83/2017, segundo o qual estão sujeitas às disposições da presente lei, nos termos constantes do presente artigo, com exceção do disposto no capítulo XI, dentre outras entidades não-financeiras, os advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual. E em complemento, o art. 79º, nº 1, do mesmo diploma pontifica que sempre que atuem no decurso da apreciação da situação jurídica de cliente ou no âmbito da defesa ou representação desse cliente em processos judiciais ou a respeito de processos judiciais, mesmo quando se trate de conselhos prestados quanto à forma de instaurar ou evitar tais processos, independentemente de essas informações serem recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo, os

376 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 129.

377 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit., p. 137-138.

advogados e os solicitadores não estão obrigados: a) à realização das comunicações previstas no artigo 43º e nos nºs 2 e 3 do artigo 47º; b) à satisfação de pedidos relacionados com aquelas comunicações, no âmbito do dever de colaboração previsto no artigo 53º.

Contudo, excetuadas tais hipóteses, os advogados e os solicitadores: a) no âmbito das comunicações previstas no art. 43.º e nos nºs 2 e 3 do art. 47º, devem remeter as respetivas informações ao bastonário da sua ordem profissional, cabendo a esta transmitir as mesmas, imediatamente e sem filtragem, ao DCIAP e à UIF; b) no âmbito do dever de colaboração previsto no art. 53º, devem comunicar, no prazo fixado, as informações solicitadas: b.1) ao bastonário da sua ordem profissional, quando os pedidos estejam relacionados com as comunicações referidas na alínea anterior, cabendo àquela ordem a transmissão das informações à entidade requerente, imediatamente e sem filtragem; b.2) diretamente à entidade requerente, nos demais casos.

Vale observar que, ainda sob a vigência da Lei nº 11/2004, havia um regime especial para os deveres de comunicação imposto aos advogados, isto porque ao se deparar com circunstâncias que justificassem uma comunicação de suspeita de branqueamento, tal reporte já era feito ao Bastonário da Ordem dos Advogados (art. 30º, nº 2), e este, por seu turno, retransmitia a comunicação ao Procurador-Geral da República³⁷⁸ ou para outro membro do Ministério Público que detivesse delegação para tanto (art. 33º). Por outro lado, cabia ao Bastonário o ônus de aferir a eventual incidência das hipóteses legais de dispensa dos deveres de prevenção aplicáveis aos advogados (art. 30º, nº 3), e para tanto, necessitava de acesso a toda a informação, além do que poderia ouvir o próprio advogado, se assim reputasse necessário. Assim, percebia-se claramente que cabia ao Bastonário a avaliação decisiva sobre os fatos para corroborar ou não o juízo de valor feito pelo advogado quanto à sua sujeição aos deveres preventivos, e quanto à incidência de justa causa para caracterizar pelos menos a suspeita de atos de branqueamento. Todavia, se concluísse pela caracterização dos pressupostos legais, não poderia se eximir de remeter a comunicação à PGR.

A propósito do dever de abstenção, o advogado também estava sujeito ao mesmo, e não apenas por dicção da Lei nº 11/2004 (art. 30º, nº 5), mas sobretudo por força do art. 78º, alínea

378 Certo segmento da doutrina assinala preferência pela comunicação direta pelo advogado, contudo, a opinião não é uniforme, eis que no branqueamento de capitais frequentemente não está em causa uma relação normal entre um advogado e um cliente, perante o qual aquele deve assumir, sozinho, as suas opções. O branqueamento de capitais envolve, cada vez mais, organizações poderosas e altamente manipuladoras. Para lidar com esse fenómeno, o advogado deve ser institucionalmente enquadrado e suportado por sua Ordem corporativa, sendo indesejável que fique só e isolado perante um fenómeno que pode ultrapassar largamente as suas forças e a sua capacidade. O advogado ficará mais protegido e mais capaz de decidir bem se aparecer respaldado por uma lógica de actuação institucional. (CARDOSO, Augusto Lopes. A Directiva sobre o branqueamento de capitais e o segredo profissional. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, Dez. 2000. p. 356).

“b”, do Estatuto da Ordem dos Advogados, eis que a execução da operação já seria suficiente para caracterizar a participação do advogado no crime de branqueamento.

Dispunha o art. 8º, nº 2 da Lei nº 11/2004 que diante de operação iminente ou em curso, o PGR precisava ser informado sobre a mesma, e tão logo recebido o reporte, decidia pela aplicação ou não de ordem de suspensão, ou se autorizava a execução da operação. Todavia, se optasse pela suspensão, seu veredito tinha que ser ratificado pelo juiz de instrução criminal, dentro de dois dias úteis, sob pena de caducidade de sua ordem. Nesse cenário, o próprio advogado poderia reputar ilícita a operação, mesmo diante da inércia do juiz de instrução em confirmar a suspensão determinada pelo PGR, seja porque não foi tempestivamente informado, seja por divergir das razões invocadas pelo Ministério Público. De toda sorte, o dever de abstenção e de informação era sempre implementado através da intermediação do Bastonário da Ordem dos Advogados (art. 30º, nº 5)³⁷⁹.

Quanto ao dever de colaboração, cabia ao advogado consultar sua entidade de classe caso fosse instado a prestar informações, isto porque o mandado de colaboração era encaminhado diretamente ao advogado (art. 30º, nº 5). Na sequência, o advogado fornecia as informações à Ordem dos Advogados para que esta se certificasse sobre eventual situação excludente de obrigação, tal como prevista no art. 30º, nº 3. Quanto ao mais, os parâmetros do dever de colaboração eram semelhantes àqueles desempenhados por todas as outras entidades, financeiras ou não-financeiras, entretanto, era essencial que estivesse em curso um processo devidamente formalizado, segundo as exigências do art. 262º do CPP. Além disso, a colaboração poderia ser requestada tanto durante o inquérito, como ainda em qualquer das fases posteriores do processo penal, desde que para fins de repressão de crimes de branqueamento de capitais, e desde que do advogado não se exigisse qualquer esforço anormal, e menos ainda ações de investigação estranhas à sua atividade.

A propósito da temática em exame, Nuno Brandão relembra que o dever de segredo do art. 10º é aplicável, nos termos gerais, aos advogados, isto porque o legislador luso optou por

379 Relacionado com o dever de abstenção está a delicada questão dos honorários profissionais do advogado. Se este, tendo prestado um serviço de consulta jurídica ou de patrocínio judiciário ou qualquer outro serviço no exercício da sua profissão, tenha ou não o dever de comunicar, de colaborar ou de se abster, concluir que o seu cliente pretende pagar os seus honorários com meios financeiros provenientes da prática de crimes subjacentes ao branqueamento, poderá aceitar ou deve recusar-se a receber sob pena de poder ser acusado de branqueamento? Tal questão era mais delicada à luz do art. 2º, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 325/95, de 2 de dezembro, o qual foi suprimido ainda pela Lei nº 11/2004. Ponderável parte da doutrina portuguesa entende que o recebimento de honorários não gera a incidência do art. 368º-A do CP, especialmente se derivados de serviços prestados no âmbito do direito de defesa do cliente ou do seu direito de acesso à consulta jurídica. Quanto ao tema há quem proponha a criação de norma segundo a qual, em caso de condenação do cliente, seja o advogado remunerado pelo Estado (DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. Ob. cit., 153-156). Relevantes contribuições sobre o tema são igualmente encontradas em: SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 546-547; CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 82; MARTINS, António Lourenço. Ob. cit., p. 474.

não aproveitar a faculdade concedida pela Diretiva nº 2001/97/CE de eximir os advogados desse dever³⁸⁰. Por derivação lógica, não poderia o advogado revelar ao cliente ou a terceiros qual o teor das informações que transmitiu no âmbito dos deveres de comunicação, ou de seus atos de abstenção e de colaboração, assim como também era obrigado a omitir sua ciência acerca da existência de investigação criminal em curso, sob pena de cometimento de conduta penalmente típica, nos moldes do art. 12º, nº 2 da Lei nº 11/2004.

É ainda oportuno aludir que tal diploma pretérito era omissivo quanto aos deveres de prevenção por parte dos advogados que exercessem seus ofícios na qualidade de empregados de terceiros. Portanto, se mostrava razoável inferir que estavam assimilados pelo regime geral. Destarte, estando inscritos de forma ativa na sua associação de direito público, a observância dos deveres previstos na lei estaria submetida a idêntico enquadramento e aos mecanismos de comunicação, colaboração, abstenção e suspensão, em tudo iguais aos aplicáveis aos advogados em regime de profissão liberal. Portanto, sempre que qualquer advogado descumprisse as obrigações legais fixadas pela Lei nº 11/2004 se tornava sujeito às sanções disciplinares preconizadas no estatuto da Ordem dos Advogados, a quem competia estabelecer a sanção disciplinar mais conveniente, desde que respeitado o contraditório e ampla defesa. Naturalmente que para eventual aplicação de qualquer pena disciplinar cabia à Ordem dos Advogados observar a gravidade da violação dos deveres pelos advogados, isto a partir das graduações da lei (previstas nos arts 45º e 46º).

1.4.5 Hipóteses de exclusão de responsabilidades

Ponderável parte da doutrina, tanto em Portugal quanto no Brasil, se posiciona contra a sujeição dos advogados aos deveres de prevenção. É curioso observar que convergem quanto ao entendimento de que o fenômeno do branqueamento de capitais ostenta efeitos extremamente nocivos, que não respeita fronteiras nacionais, e que movimenta enorme massa de recursos, a ponto de rivalizar com o terceiro maior PIB do globo terrestre. Com efeito, inobstante a doutrina reconheça tudo isso, majoritariamente insiste na posição de que os advogados não deveriam ser instados a colaborar com a função preventiva do Estado. E os argumentos voltados a eximir os advogados dos deveres de prevenção são os mais variados.

380 Inosbtante a adesão de Nuno Brandão (Ob. cit., p. 53), caso o legislador português tivesse aproveitado a faculdade da Diretiva, a solução poderia ser justificada, quer pelo dever de lealdade do mandatário para com o mandante, quer por razões de ordem pragmática, pois é certo que ao ouvir do cliente o relato fático que servirá para montar a estratégia de defesa o advogado poderá desfazer dúvidas ou consolidar suspeitas. Aliás, cumpre observar que o advogado será sempre o primeiro juiz da higidez dos direitos ou interesses de seu próprio cliente.

Inobstante a clareza do art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, no Brasil subsiste uma polêmica jurídica quanto ao dever legal de comunicação de atividades suspeitas, por parte dos advogados. De fato, sob possível influência da teoria do direito penal do inimigo³⁸¹, alguns defendem inclusive que um acusado do crime de branqueamento de capitais não teria sequer o direito de constituir um advogado particular, e que deveria ter seus interesses patrocinados por um defensor público indicado pelo Estado. Aparentemente tal ideia seria incompatível com alguns preceitos da CF/88, a qual assegura, em seu art. 5º, inciso LV, aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, como todos os recursos que lhe são inerentes³⁸². Em paralelo, invoca-se ainda o art. 133 da CF/88, segundo a qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Ao que parece, tal dispositivo constitucional aponta o caminho hermenêutico que deve ser percorrido para esclarecer, com segurança jurídica, quais os limites da lei em relação aos profissionais advogados, pois é certo que receber um cliente em seu escritório, ouvir os seus relatos e prestar-lhe assessoria e consultoria jurídicas constituem formas de exercício legal da profissão, entretanto, não se pode olvidar que o aconselhamento do advogado para que o cliente possa realizar, ou concluir com segurança, atos de branqueamento de capitais seguramente ultrapassa esses limites. Aliás, sustentar o contrário implicaria em reconhecer aos advogados uma espécie de imunidade que os autorizaria a agir como cúmplices.

É certo que a relação do advogado com o cliente é de confiança, como deve ser de confiança a relação do mandante e do mandatário, ou a relação do médico e do paciente, dentre tantas outras. Tal argumento não se afigura idôneo para afastar sumariamente a incidência do dever legal de comunicação previsto no art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, especialmente porque o art. 133 da CF/88 conferiu ao advogado inviolabilidade, nos termos da lei. Aliás, nem mesmo os mais corporativos segmentos da doutrina têm a ousadia de defender que o advogado possa participar dolosamente dos atos destinados ao branqueamento de capitais, pois nesse caso restará completamente descabido sustentar a ocorrência de exercício regular da profissão. Muito ao contrário, estar-se-á falando de coautoria ou participação em conduta penalmente típica.

381 JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2008.

382 CF/88, art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Argumenta-se que estando no exercício legal da profissão, o advogado não teria a obrigação de delatar os atos de seu cliente, posto que isso seria uma traição. Nessa linha de raciocínio, Marco Antônio de Barros sustenta que “beira a insensatez pretender que o advogado vá denunciar as atividades de seu cliente às autoridades pertencentes aos organismos públicos que controlam as atividades econômico-financeiras do país”³⁸³. Na mesma trilha, Gómez-Jara Diez³⁸⁴ argumenta que o advogado não tem o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem, mas tem o dever de abster-se de contribuir com eles.

É provável que talvez seja igualmente insensato ignorar o fato de que, não raro, os advogados são procurados para serem instrumentalizados pelo crime organizado precisamente por deterem conhecimentos especiais. É igualmente insensato imaginar que qualquer conduta profissional (comissiva ou omissiva) possa estar acobertada sob o rótulo das ações neutras. É ainda um tanto parcial o argumento de que o advogado se tornará um delator ao aderir a uma obrigação legal de sujeição aos deveres de prevenção ao branqueamento. Aliás, é precisamente à lei que incumbe a tarefa de delimitar direitos e obrigações, e seguramente não é sensato que qualquer categoria profissional possa se submeter tão somente às obrigações legais que lhe pareçam convenientes e oportunas.

Nesse cenário, resta forçoso definir quais os limites do exercício legal da profissão, bem como identificar com precisão qual o termo inicial do dever ético de fidelidade do advogado para com o cliente. Obviamente que se está a considerar o advogado enquanto profissional liberal, o qual exerce suas funções em troca de honorários, e precisamente em função de tais honorários é que têm sido travadas acaloradas discussões. Nesse sentido, Kay Ambos sustenta que não se pode limitar o direito à percepção de honorários por parte do advogado, numa tentativa de isolamento econômico do capital sujo³⁸⁵, e aduz que na Bélgica o recebimento de honorários é excluído do tipo penal da lavagem de dinheiro³⁸⁶. Na mesma toada, agrega ele o argumento de que a doutrina alemã, de origem idealista, fundamenta a exclusão do recebimento dos honorários no princípio da presunção de inocência, isto porque o advogado

383 BARROS, Marco Antônio. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 295.

384 DIEZ, Carlos Gómez-Jara. *El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente ao delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 74.

385 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 63.

386 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 84.

deve sempre cogitar e aceitar a hipótese de que seu cliente seja inocente; e tal hipótese seria suficiente, de per si, para excluir o seu dolo³⁸⁷.

Inobstante a autoridade acadêmica do respeitável professor, resta forçoso considerar que seu argumento esteja ideologicamente comprometido, pois, não raras vezes os advogados auscultam confissões de culpa de seus futuros clientes, e nem por isso se recusam a patrocinar suas defesas. Aliás, a proceder o argumento um tanto ingênuo de que o advogado deve sempre presumir a inocência de seu cliente implicaria afirmar que quase a totalidade dos advogados norte-americanos estariam violando tal preceito ou agindo com deslealdade, pois, segundo relatos de Pedro Soares de Albergaria, ainda em 2003 a *plea bargaining*³⁸⁸ já representava 97,1% das demandas criminais dos EUA, segundo dados extraídos do *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*. Daí a absoluta pertinência das reflexões de Robert Scott e William Stuntz para aduzir que “*a plea bargaining is not some adjunct to the criminal justice system; it is de criminal justice system*”³⁸⁹.

De fato, o exame do tema torna imperativo enfrentar uma aparente colidência de obrigações legais. De um lado, o dever de sigilo previsto no art. 34, inciso VII da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), e de outro o dever de comunicação imposto a todos os que exercem atividades sensíveis ao branqueamento de capitais, assinalado no art. 9º, XIV da Lei nº 9.613/98. No plano do ordenamento interno brasileiro, o dever de comunicação ao COAF deve recair sobre “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza”. Por força deste comando legal, a ilação natural é que estaria o advogado inserido no dever legal de informar ao COAF quaisquer movimentações financeiras suspeitas, que chegarem a seu conhecimento, assim como também teria o dever profissional de manter um cadastro de sua clientela para atender as requisições do citado conselho, sujeitando-se a responsabilidades administrativas ou penais, caso negligencie tais obrigações. Todavia, opondo-se vigorosamente a esta obrigação legal, Ophir Filgueiras Cavalcante Júnior, então presidente do Conselho Federal

³⁸⁷ AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 70.

³⁸⁸ *Plea bargaining* é um instituto do processo penal norte-americano típico da justiça negociada, no qual se verifica uma negociação acerca do alcance da acusação, inclusive com a possibilidade de que o promotor se comprometa a desclassificar a acusação para uma infração punível com pena inferior, em troca de uma declaração de culpa do réu (*charge bargaining*), ou uma situação na qual o promotor se comprometa a recomendar ao juiz uma sanção de certa natureza (multa em lugar de prisão, por exemplo), com uma determinada medida, ou mesmo não se opor a uma circunstância atenuante invocada pela defesa (*sentence bargaining*).

³⁸⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina. 2007, p. 109.

da Ordem dos Advogados do Brasil argumentava que “o sigilo na relação advogado-cliente é garantido na Constituição e no Código de Ética da profissão, cujos princípios devem ser resguardados para que seja assegurado o direito de defesa³⁹⁰”.

Tal argumento sofre a contradição de Rodrigo De Grandis, segundo o qual a imposição do dever de comunicação de atividade suspeita de “lavagem” ao advogado, tal como estabelecida pelo art. 9º da Lei nº 9.613/98, e com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, nada tem de inconstitucional, desde que ela não incida sobre o profissional que defende interesses em sede de processo penal, civil, trabalhista ou administrativo, ou formule consultoria sobre específica situação jurídica relacionada a um processo judicial. Aduz ainda que o dever de comunicação tem a virtude de atender a um duplo grau objetivo: uniformiza o sistema nacional antilavagem e proporciona a atuação expedita dos órgãos de prevenção e de repressão penal³⁹¹.

A preocupação em torno da polêmica conduziu o assunto, ainda em 2012, à análise da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB, a qual se posicionou pela prevalência do sigilo profissional em detrimento do dever de comunicação estatuído na lei brasileira antilavagem³⁹². Argumenta-se ainda, dentro da mesma linha corporativa adotada pela OAB, que os arts. 25 e 26 do Código de Ética e Disciplina da advocacia brasileira contemplam o sigilo profissional como um valor inerente à profissão, razão por que Edson Pinto adverte que “o advogado que descumprir este artigo será processado pelo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem. É dever do advogado (*ad vocatus* - a voz do outro, o que fala pelo outro) defender os interesses de quem lhe confiou a causa”³⁹³.

É curioso, contudo, que na defesa do sigilo profissional muitos passem ao largo de outros deveres legais impostos aos advogados, e cuja violação configura inclusive infração

390 CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir Filgueiras. OAB analisa constitucionalidade da nova lei de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/56937/oab+analisa+constitucionalidade+da+nova+le..>>. Acesso em 28.11.2022.

391 DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “Lavagem” de dinheiro. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 20. v. 237, 2012. p. 9.

392 TEIXEIRA, Daniela. Parecer ao Conselho Federal da OAB. Processo 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Brasília-DF. 2012. p. 1. Ementa: Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (Lei nº 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los

393 PINTO, Edson. Lavagem de capitais e paraísos fiscais. São Paulo: Atlas. 2007, p. 134.

disciplinar, nos moldes do art. 34 da Lei nº 8.906/94³⁹⁴. Na verdade, a CF/88 não confere caráter absoluto a nenhum direito ou princípio, nem mesmo ao direito à vida, pois caso contrário inexisteriam as excludentes de ilicitude, reconhecidas na dogmática portuguesa como causas de justificação. Por igual, o dever de sigilo profissional não pode ter foros de regra absoluta, notadamente porque a própria Lei nº 8.906/94 excetuou a hipótese de justa causa. E evitar que o advogado se torne cúmplice de um crime de branqueamento de capitais efetivamente há de ser compreendido como justa causa.

Na mesma linha de raciocínio, temos que o advogado que recebe informações de que um pretense cliente deseja dissimular recursos oriundos de atividade criminosa, e ainda assim, decide prestar-lhe auxílio técnico para que tal objetivo espúrio seja alcançado, efetivamente está cometendo a infração disciplinar prevista no art. 34, inciso XVII da Lei nº 8.906/94. Por igual, não é desarrazoada a reflexão de que o advogado que, na defesa do cliente, ou na atividade de assessoria jurídica, se empenha em dissimular a origem criminosa de dinheiro ou bens conquistados como produto de ações criminosas, estará, pelo menos em tese, deturpando dispositivo de lei com o propósito de iludir o juiz da causa. Bem por isso, estará perpetrando a infração disciplinar prevista no dispositivo legal acima aludido.

Manter-se incólume o argumento de defesa da ética profissional nas três situações hipotéticas acima descritas representaria não a defesa de um princípio vetor da atividade advocatícia, mas a defesa do cinismo e da destruição da ética. Representaria, de fato, um discurso de negação a tudo quanto defendido por Aristóteles, em *Ética* e *Nicômaco*³⁹⁵.

Destarte, como era absolutamente previsível, o tema acabou sendo submetido à cognição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, por iniciativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais, a qual ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.841, em 22 de agosto de 2012, pugnando pela inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 12.683/2012 que deu nova redação aos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98. Ainda em 17.06.2013 a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer e opinou pela improcedência da ação, contudo, tão relevante demanda permanece inerte desde 18.11.2015, aguardando o voto do respectivo relator. Pondere-se ainda que o parecer do Ministério Público Federal na indigitada ADI nº

394 Lei nº 8.906/94, art. 34. Constitui infração disciplinar: (...). VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional; XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la; XVIII - solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta (...).

395 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*; *Poética* / Aristóteles. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural. 1991.

4.841 busca reconduzir o tema ao balizamento científico, isento das contaminações próprias dos interesses corporativos, e adverte que: a) a Carta Magna brasileira não erige direitos absolutos; b) diversas outras categorias profissionais também se submetem ao sigilo profissional; c) a lei brasileira antilavagem não alcança a advocacia contenciosa, precisamente para salvaguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa³⁹⁶.

Em reforço à tese da PGR brasileira, Tiago Fontoura de Souza também assinala que, a nível internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em julgamento realizado em 06 de dezembro de 2012, validou regulamentação da Ordem dos Advogados da França que obrigava os advogados a delatarem seus clientes, caso suspeitassem que estes estivessem envolvidos em esquemas de lavagem de dinheiro, desde que o auxílio se limitasse a operações financeiras praticadas fora dos tribunais. Ponderaram os juízes da Corte Europeia que, inobstante a relação entre cliente e advogado seja protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, a norma não é absoluta, podendo ser afastada por lei em casos devidamente justificados³⁹⁷.

E na mesma linha de raciocínio, quanto ao dever de comunicação imposto aos advogados, Fontoura de Souza classificou a prestação de serviços advocatícios em duas categorias: a) advogados de representação contenciosa; e b) advogados de operações. O primeiro seria aquele que atuaria na defesa de seu cliente em processo contencioso judicial e extrajudicial, ou que emitiria parecer jurídico para litígios judiciais ou extrajudiciais, enquanto o segundo seria aquele que orientaria o seu cliente em operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem qualquer relação direta com litígio ou processo

396 Trecho do parecer exarado em 10.06.2013, pela Procuradoria Geral da República brasileira, nos autos da ADIN nº 4.841: “O interesse público está em assegurando o sigilo profissional permitir o bom funcionamento dos profissionais, propiciando a paz e tranquilidade sociais. O direito ao sigilo, contudo, não se dá, aliás, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, pois deve conviver com outros interesses constitucionalmente protegidos. Tanto assim o é que as diversas normativas profissionais, ao preverem o direito ao sigilo, sempre ressalvam as hipóteses de justa causa ou do estabelecimento de exceções por outra lei (art. 34, VII da Lei nº 8.906/94; art. 2º, II da Resolução nº 803/96 do Conselho Federal de Contabilidade; art. 2º, XII da Resolução Normativa nº 393 do Conselho Federal de Administração; art. 9º, III, alínea b da Resolução nº 1002 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia). Parece suficientemente claro que tais normas contém cláusulas de exceção ao sigilo profissional, o que permite que as exigências de controle previstas na lei antilavagem sejam aplicadas a essas categorias (...) A lei antilavagem - frise-se bastante esse ponto - não alcança a advocacia vinculada à administração da justiça porque, do contrário, seria atingido o núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa (...) Todos esses argumentos também se prestam a afastar a alegada ofensa aos princípios da proporcionalidade/proibição de excesso/razoabilidade. Mesmo no caso mais sensível, como é o da advocacia, a atividade do profissional liberal é atingida apenas nos seus aspectos mais periféricos, sem repercussão direta sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência do pedido”.

397 SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro - uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. Disponível em: www.ajufesc.org.br/arquivos/7930_Tiago_Fontoura_de_Souza_a_nova_lei_de_lavagem_de_dinheiro_-_uma_breve_analise_sobre_as_principais_alteracoes_e_aspectos_polemicos.pdf. Acesso em 28.11.2022.

judicial. Assim, apenas os primeiros estariam exonerados do dever de comunicação às autoridades administrativas, o que, aliás, tem sido a tendência mundial no tratamento da questão³⁹⁸.

Em reforço ao entendimento manifestado pela Ordem dos Advogados da França e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, argumenta Rodrigo De Grandis no sentido de que, na atividade de consultoria, mormente a de natureza tributária, a situação é diversa: o cliente procura o advogado projetando determinada conduta que, a depender das circunstâncias, poderá traduzir crime de branqueamento de capitais. A consultoria recai, assim, sobre a melhor forma ou o modo mais eficaz - ou menos suspeito - de ocultar ou dissimular valores obtidos criminosamente³⁹⁹. Diante do cotejo de ambas as posições, não há como tangenciar o óbvio confronto entre a postura institucional adotada pela Ordem dos Advogados da França, marcadamente republicana, com foco no interesse público e na segurança coletiva, enquanto sua congênere brasileira adotou discurso ideologizado e se posicionou de maneira indisfarçavelmente corporativa. Por tudo isso, impõe-se a reflexão sobre a verdadeira causa motriz da resistência dos advogados brasileiros ao dever de comunicação imposto pela lei antilavagem. Trata-se de lealdade ao sigilo profissional e aos interesses dos clientes, ou de lealdade aos vultosos honorários profissionais que deles provêm? O questionamento é legítimo e se torna tanto mais robusto na medida em que não raras vezes advogados de facções criminosas, e que optam por tortuosa atuação profissional, proclamam perante os órgãos de mídia que não lhes interessa de onde o cliente está tirando o dinheiro para pagar seus honorários⁴⁰⁰.

Semelhante debate é travado no âmbito da doutrina portuguesa. Quanto ao tema, argumenta Vitalino Canas⁴⁰¹ que o cumprimento dos deveres previstos na lei envolve, de forma geral, a quebra de deveres para com outras pessoas, isto porque envolve a inobservância de deveres resultantes de direitos liberdades e garantias constitucionais, como a garantia da reserva da intimidade da vida privada (CRP/76, art. 26º, nº 1), eventualmente o

398 SOUZA, Tiago Fontoura de. Ob. cit., p. 122-123.

399 DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “Lavagem” de dinheiro. São Paulo: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). v. 20. n. 237, 2012. p. 10.

400 A polêmica afirmação foi feita por Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira, inscrita na OAB/RJ, a qual vem sendo investigada pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte por suposto envolvimento na fuga de um preso da Penitenciária Estadual de Parnamirim. O preso, chefe de facção criminosa, saiu da cadeia usando um mandado de soltura falso. Em razão disso, a advogada Paloma Gurgel é acusada de facilitação de fuga, falsidade ideológica e material, tráfico de influência e organização criminosa, além de já ter sido indiciada em outro processo, sob acusação de entregar um celular para um detento em presídio do RN. Cf. Matéria veiculada no Jornal O Globo, edição de 27.05.2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/nao-me-interessa-de-onde-cliente-esta-tirando-dinheiro-diz-advogada-de-preso-22722182>. Acesso em 28.11.2022.

401 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 135-136.

direito ao bom nome e reputação, a garantia do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada (CRP/76, art. 34º), a garantia do não acesso a dados pessoais por terceiros (CRP/76, art. 35º, nº 4). Pondera ser necessário que as disposições que traçam os contornos e o conteúdo dos deveres de prevenção e repressão do branqueamento devem respeitar o disposto no art. 18º, nºs 2 e 3, da CRP/76, sobre a restrição de direitos, liberdades e garantias. Aduz ainda que são também quebrados deveres estatutários, como o dever de lealdade, ou o dever de sigilo profissional imposto a muitas profissões e instituições: as instituições bancárias, os funcionários do fisco, os advogados, notários, solicitadores, dentre outros, e que embora tal enumeração seja meramente exemplificativa, serve para compreender a regra-geral da exclusão de responsabilidade, que transpõe o art. 9.º da Diretiva nº 2001/97/CE e que foi vigorosamente criticada por Oliveira Ascensão⁴⁰².

O cotejo entre obrigações legais aparentemente antagônicas exige serenidade, razão por que é necessário reconhecer que a submissão dos advogados, enquanto entidades não-financeiras sensíveis ao branqueamento, aos deveres de colaboração previstos na lei antilavagem, não constitui violação ao dever de segredo ou a outros deveres deontológicos de tão honrada categoria profissional. Muito ao contrário, o cumprimento dos deveres de prevenção ao branqueamento deve ser percebido como um imperativo do interesse público, e por isso mesmo é excluída qualquer responsabilidade, criminal, disciplinar, civil ou outra.

Naturalmente é preciso compreender que não bastará ao advogado aderir e cumprir os deveres de prevenção. É necessário que as comunicações por ele efetuadas ao Bastonário da Ordem dos Advogados, e que se destinam ao DCIAP e à UIF, tenham sido prestadas de boa-fé. Por outro lado, para que se cristalice essa situação de boa-fé não será necessário que a conhecimento da ilicitude da operação, ou mesmo a fundada suspeita de que se trate de uma operação ilícita seja convertida em condenação criminal do sujeito que figurava como pretense cliente. De igual forma, não é necessário que a comunicação (ou outros deveres de prevenção) exijam provas cabais do cometimento de atividades ilícitas subjacentes por parte daquele que procurou o advogado em busca de que este emprestasse seus conhecimentos especiais para estruturar uma operação ilícita. Nesse sentido, Nuno Brandão⁴⁰³ relembra que a

402 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Ob. cit., p. 353. Nuno Brandão reputou desnecessária a transposição do art. 9º. da Diretiva, eis que a quebra do sigilo se consideraria justificada nos termos do art. 31º, nº. 2, alínea “c”, do CP e do regime geral das contra-ordenações, o que implicaria a exclusão da ilicitude. Jorge Godinho (Ob. cit., p. 23) sustentava que, contrariamente do que se observava no enunciado normativo, efetivamente ocorria violação do dever de segredo, mas talvez não tenha refletido adequadamente que tal dever era delimitado pelo art. 12º. nº 1, da Lei nº 11/2004, que apontava no sentido de que determinados fatos não estavam sujeitos a segredo.

403 BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 51.

exigência de boa-fé pode resultar dos princípios gerais, mas nem por isso está isenta de dúvidas, particularmente se a motivação que move o agente a se desviar dos objetivos de prevenção e de repressão do branqueamento de capitais é o desejo de receber honorários maculados. Portanto, se a entidade transmite a informação, ou se abstém de executar uma operação, convicta do seu dever legal e da fundada suspeita, ou mesmo da certeza da origem criminosa dos ativos financeiros, obviamente resta descaracterizada a má-fé.

Por outro lado, vale lembrar que a boa-fé se presume, ao passo que a má-fé deve ser provada. Além disso, no caso da categoria profissional dos advogados o Bastonário da Ordem figura como autêntico filtro, e também ele deve aferir a presença de fundadas suspeitas de que o cliente do advogado buscava instrumentalizá-lo para obter a consumação de um fim criminoso. Se o advogado avaliou mal os indícios, e se houve erro grosseiro nessa avaliação devem ser apurados os motivos de sua iniciativa. Contudo, mesmo que as investigações encetadas pelos órgãos de persecução penal não venham a confirmar as suspeitas de que havia uma operação ilícita, isto não representará necessariamente a configuração de má-fé por parte do advogado que demonstrou fidelidade ao direito, e respeito às obrigações legais que são impostas a todos aqueles que possam ser manipulados pelo crime organizado para propiciar a lavagem do capital espúrio.

É preciso que se compreenda que sem a adoção do regime de prevenção inexistirá eficácia mínima na atuação do Estado contra o branqueamento, e ainda que os deveres de prevenção possam importar em algum constrangimento, seja aos potenciais investigados, seja às entidades obrigadas (financeiras e não-financeiras), será virtualmente impossível separar inocentes e culpados sem uma prévia investigação, e sem um devido processo legal. Destarte, ante a regulamentação da responsabilidade, sobretudo da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por ato lícito dos órgãos estatais, se afigura legítimo salvaguardar os advogados, tal como todas as demais entidades obrigadas, para que não sejam demandados em juízo apenas porque, em estrito cumprimento aos ditames da lei, observaram os deveres de comunicação, de abstenção, ou de não informação, dentre outros, e assim procederam com absoluta boa-fé. A propósito disso, Gil Galvão⁴⁰⁴ pondera que, se uma entidade serve de boa-fé e com escrupulo a um interesse público de excepcional relevância, não seria imprudente admitir que o Estado possa ser responsabilizado por eventuais danos sofridos pelo cliente.

404 GALVÃO, Gil. Ob. cit., p. 137-148.

1.4.6 Violação de obrigações e responsabilidade penal?

De um modo geral, alude a doutrina que, em paralelo à possibilidade de sanções contra-ordenacionais, há dois modelos internacionais de sanção penal aplicáveis às entidades obrigadas aos deveres de prevenção, especialmente aos deveres de comunicação das operações suspeitas de branqueamento: a) a sanção pela via da realização omissiva do delito de lavagem (comissão por omissão), b) a criação de um delito omissivo próprio de dever de realizar comunicações aos órgãos de controle, tais como a UIF e o Ministério Público. Destaque-se, contudo, que segundo a doutrina, o crime de branqueamento de dinheiro é primordialmente de caráter comissivo, e apenas excepcionalmente de cariz omissivo. Precisamente por isso a configuração desta segunda modalidade impõe carga probatória muita mais severa, e que seja apta a demonstrar os interesses que justificaram a inércia do indivíduo que se omitiu quanto a um dever relevante e legalmente imposto. Com efeito, não se admite que o mero descumprimento do dever de comunicação de operações suspeitas seja suficiente para caracterizar o dolo do agente. *Mutatis mutandi*, ausentes as evidências de dolo (direto ou eventual) na conduta omissiva, em Portugal só haverá lugar para responsabilização a título de contra-ordenação, nos moldes do art. 169º-A, alínea “v” da Lei nº 83/2017.

Estados como Alemanha, Espanha, Itália, Chile e Argentina adotam a incriminação geral do crime de branqueamento de capitais com a correspondente possibilidade de realização do tipo em comissão por omissão, desde que presentes as evidências de dolo do agente. Aliás, consoante assinalado no título anterior, o conteúdo dos arts. 157º a 159º da Lei nº 83/2017 indica que, em alguma medida, também Portugal teria optado por esse modelo. Entretanto, algumas exceções são encontradas na Suíça e Peru, cujos ordenamentos internos dispõem de um tipo específico de omissão pura para os sujeitos obrigados, na hipótese de não repassarem as informações sobre operações suspeitas.

Não se pode deixar de ter em conta que a severidade das sanções aplicáveis aos profissionais de entidades não-financeiras sensíveis (dentre os quais os advogados), seguramente tem estimulado ponderável parcela da doutrina a construir alternativas penais para que a omissão do dever de informar não caracterize branqueamento de capitais na modalidade de crime comissivo por omissão. Nesse sentido, o Conselho Federal da OAB tem travado combate aguerrido para que nenhum advogado do Brasil se submeta aos deveres de prevenção, e enquanto não for julgada a ADI nº 4.841 pelo STF, a aludida corporação advocatícia tem ignorado sumariamente os ditames do Estatuto Antibranqueamento brasileiro. Entretanto, caso não alcancem no STF a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo

que incluiu os advogados no rol dos obrigados aos deveres de prevenção, alguns já cogitam encontrar meios de atribuir uma pena mais branda a tais condutas, e nessa linha de raciocínio idealiza-se um crime de omissão própria, para tipificar o descumprimento dos deveres de informar sobre atividades suspeitas.

Vale pontuar que eventuais distorções da jurisprudência brasileira, assim como possível desproporcionalidade da moldura penal, deve ser corrigida pelo modo adequado, seja na via legislativa, seja numa melhor calibragem das dosimetrias em casos de branqueamento. Por outro lado, caso os pressupostos de aplicação da lei penal estejam sendo distorcidos, seja porque existam precedentes da jurisprudência que não distinguem com a necessária precisão o dolo eventual da culpa consciente (crime imprudente segundo a norma penal portuguesa), seja porque na visão de alguns juristas o próprio STF teria admitido como autoria conduta de mera participação⁴⁰⁵, é certo que a mera elaboração de um novo tipo penal não será capaz de corrigir tais desvios. Muito ao contrário, é possível que a inovação legislativa apenas renda ensejo à sobreposição de penalidades e um número ainda maior de imputações penais, tal como se observa atualmente no plano da jurisprudência peruana sobre branqueamento de ativos ilícitos.

Consoante salientado linhas atrás, dentre os Estados que tipificaram como delitos de omissão própria o descumprimento do dever de remessa de reporte de operações suspeitas temos: a) Suíça (art. 305 ter StGB⁴⁰⁶), b) Peru (art. 5º da Ley nº 1.106⁴⁰⁷), c) Colômbia (art.

405 Como amplamente denunciado nos comentários sobre o julgamento da Ação Penal nº 470: MAFEI RABELO QUEIROZ; TANGERINO, A tutela da moralidade política pelo Direito penal: relato e análise da Ação Penal 470; LEITE, Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal; BOTTINI, Lavagem de dinheiro na Ação Penal nº 470.

406 Art. 305ter StGB: “Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht. 1 Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. 2 Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, der Meldestelle für Geldwäscherei im Bundesamt für Polizei Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren”.

Art. 305 ter. Insuficientes medidas de cuidado nas instituições financeiras e dever de informação: 1. Quem profissionalmente aceita, guarda, investe ou colabora na transferência de bens de terceiros e omite determinar a identidade dos beneficiários econômicos, de acordo com as medidas obrigatórias de identificação, será punido com pena restritiva de liberdade de até um ano ou multa. 2. As pessoas compreendidas no inciso 1 estão obrigadas a informar as operações suspeitas à Unidade de Informação Financeira no Serviço Federal da Polícia, que permitam identificar que o bem tem origem em um delito. (Tradução livre.).

407 Ley nº 1.106, Artículo 5º: Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. El que, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro años, de conformidad com los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u

325-A do Código Penal⁴⁰⁸). A Suíça pune com pena de prisão não superior a um ano, tanto o descumprimento do dever de identificação dos clientes, quanto a ausência de comunicação sobre operações suspeitas. Já o Peru evidencia maior rigor, pois comina penas de quatro a oito anos para as mesmas condutas omissivas. Demais disso, malgrado a severidade das penas, e da possibilidade do cometimento do crime por imprudência, adverte Asmat Coello que a norma penal peruana ainda admite a caracterização do branqueamento como crime comissivo por omissão. Assevera a jurista que “a persecução penal dos órgãos de colaboração não se esgota na possibilidade de imputar um delito de omissão própria [...], podendo-se imputar ao mesmo sujeito o delito de lavagem de dinheiro em comissão por omissão”⁴⁰⁹. Aduz mais que a dogmática peruana tem admitido a ocorrência de dolo eventual de branqueamento de capitais, ante a ausência de comunicação pelo sujeito obrigado, e que sua inação seria voltada a facilitar o branqueamento de ativos ilícitos, que conhece ou que pode inferir que se esteja realizando. Por outro lado, o delito de omissão de comunicação constitui descumprimento do dever administrativo de informar (doloso e imprudente) sobre operações suspeitas, razão por que não será necessário verificar ao final se tais operações eram ou não autênticas, ou se estavam efetivamente voltadas à lavagem de dinheiro.

Nesse cenário normativo, adverte Caro Coria⁴¹⁰ que o crime de omissão própria de ocultação de informações no Peru se desconecta do processo de lavagem de dinheiro (pois,

operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

408 Inicialmente, é importante ressaltar que a Colômbia mantém um rol fechado de delitos precedentes. Esse país também divide em dois delitos a infração do dever de colaboração dos sujeitos obrigados: a omissão de adotar medidas preventivas com o fim de favorecer a lavagem e a omissão de informações sobre operações realizadas em espécie. “Artículo 325. **Omisión de control.** El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 325-A. **Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo.** Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente Capítulo”.

409 ASMAT COELLO, Diana Marisela. *Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos*, In: SERVIGÓN, César Nakazaki (org.). *Gaceta Penal y Procesal Penal*. t. 116, fev. 2019. p. 419.

410 CARO CORIA, Dino Carlos. *Sobre el tipo básico de lavado de activos, Derecho penal económico y de la empresa*, 2012. p. 42. Disponível em:

ainda que se comprove ao final que não se tratava de operação de lavagem de dinheiro, permanece a sanção pelo não informe da suspeita) e transforma-se em norma de puro reforço do comando administrativo, sem qualquer limite de sanção, pois se sanciona inclusive o não cumprimento imprudente da norma administrativa. Carolina Oliveira⁴¹¹ corrobora tal entendimento ao pontuar que essa é a consequência mais nefasta de tal opção legislativa, que permite a cumulação de dois tipos penais sobre a mesma conduta, desempenha um papel de mero reforço da norma administrativa e não resolve a dificuldade da jurisprudência em aplicar corretamente os parâmetros da comissão por omissão.

Raciocínio idêntico pode ser aplicado ao art. 305 *ter* do Código Penal suíço, ainda que se deva reconhecer que as penas cominadas se mostrem muito mais adequadas que as sanções peruanas. Demais disso, outros pontos merecem destaque, pois, na Suíça: a) não se admite tal crime na modalidade imprudente⁴¹², b) esse tipo penal é interpretado como um delito ativo, e não de omissão própria, eis que nele se incluem as condutas de aceitar, guardar ou colaborar na transferência como parte da atividade profissional do sujeito obrigado⁴¹³, sem cumprir o dever administrativo de cuidado de identificação dos clientes⁴¹⁴. Saliente-se, contudo, que na visão de Stratenwerth e Wohlers, o tipo penal do art. 305 *ter* não corresponde ao crime de branqueamento em sentido estrito, pois apenas é punível a infração do dever administrativo de identificação⁴¹⁵.

Certo segmento da doutrina brasileira propõe distinguir as condutas de efetivo branqueamento de dinheiro, daquelas que tenham contornos de mero favorecimento ao branqueamento, de forma que a ocultação de informações se volte à criação de uma situação fática que efetivamente favoreça a lavagem de dinheiro, e que por isso mesmo não se restrinja tão somente ao incumprimento da norma administrativa. Destarte, a ausência de envio de informações sobre operações suspeitas de branqueamento somente será penalmente típica quando corresponder a uma fase de facilitação ou favorecimento do delito de terceiro. Seus

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/782DDC4C34DA331F05257CE8006C78CF/\\$FILE/344.83D3.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca/Biblio_con.nsf/999a45849237d86c052577920082c0c3/782DDC4C34DA331F05257CE8006C78CF/$FILE/344.83D3.PDF). Acesso em: 28.11.2022.

411 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 101.

412 STRATENWERTH, Günther; WOHLERS, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3. ed. Bern: Stämpfli, 2012, p. 594.

413 Destaca-se que o tipo em comento é um delito especial, cujo círculo possível de autores restringe-se aos profissionais do setor financeiro obrigados a identificar as transações dos clientes. EGGER TANNER, Christine, *Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei. Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Zürich: Schulthess, 1999, p. 287.

414 STRATENWERTH; WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, p. 593.

415 Os autores dizem expressamente que o tipo penal do art. 305 *ter* não é um delito de lavagem de dinheiro em sentido estrito, pois apenas é punível a infração do dever administrativo de identificação.

contornos ontológicos devem guardar relação com a reprovabilidade do branqueamento, e não com o mero descumprimento de um dever de prevenção. Nessa trilha, o crime de branqueamento, na modalidade comissiva por omissão deverá equivaler, em termos concretos, a uma conduta ativa de favorecimento à lavagem de ativos ilícitos que tenha sido engendrada por terceiros. Dito de outro lado, assim como o crime de branqueamento exige a ocorrência de um crime subjacente, o favorecimento ao branqueamento teria a este, como seu específico crime subjacente, todos encadeados, numa relação sucessiva de causa e efeito.

Silva Sanchez pondera que os maiores esforços das leis antibranqueamento estão concentrados na primeira fase, o *placement*. É sobre essa etapa que recaem as regras de cuidado das disposições administrativas, e é a prevenção da colocação que justifica a exigência dos programas internos de *compliance* e a responsabilização dos profissionais sensíveis à lavagem, com o intuito de dificultar ou, ao menos, encarecer muito a atividade de reciclagem de capitais⁴¹⁶. Nessa ordem de ideias, a conduta de ocultar informações ganha envergadura e pode vir a caracterizar uma etapa decisiva a ser percorrida pelo processo de assepsia artificial e regularização do capital espúrio. Em reforço do argumento, Palma Herrera aduz que partindo do pressuposto de que o ato de dissimular constitui uma conduta independente da ocultação, e que contém intrínseco um elemento de ardil, de manipulação da origem, se mostra necessário extrair qual o verdadeiro sentido de “ocultar” (a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens), pois este é o verbo típico que efetivamente incide sobre as condutas omissivas referentes ao dever de informação administrativo⁴¹⁷.

416 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2006. p. 134; CAPARRÓS, Fabián. Ob. cit. p. 111. BLANCO, Hernán. *Ciberlavado: la nueva era de lavado de activos*. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 3, mar. 2010. p. 393-409.

417 PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit. p. 436. Blanco Cordero interpreta o verbo “ocultar”, do art. 301.2 do Código Penal espanhol, como as ações positivas de esconder, disfarçar ou tapar, bem como “calar o que se conhece”, para evitar o conhecimento das autoridades públicas sobre a origem, natureza ou localização dos bens maculados (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 515). Aduz mais que a ocultação pode ser tanto da origem ilícita dos bens quanto dos bens em si mesmos, e até mesmo a ocultação do proprietário dos destes (*Ibid.*, p. 91). Pondera-se que a ocultação deve restringida ao sentido da lavagem, vale dizer, aquela que versa sobre a origem ilícita dos bens, e não de sua localização física ou do autor do delito. Nesse sentido, quando se menciona a ocultação da natureza do bem, há de ser percebida a natureza delitiva do dinheiro, sua conexão com o delito antecedente, e não a transformação da essência do bem em outra coisa. Ocultar a natureza ou localização do bem, nesse sentido, é dissimular a sua proveniência do crime. (PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit., p. 468). No mesmo sentido: CAPARRÓS, Fabián. Ob. cit., p. 280. Na concepção de Martínez Bujan a “ocultação” abarca ações e omissões (omissões consistentes em calar o que se conhece), o que o leva a concluir que esse pode ser um delito cometido tanto ativa quanto omissivamente, independentemente das previsões sobre o resultado concreto do delito (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016. p. 493; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. p. 199).

Relembre-se que no significado léxico de “ocultar” reside igualmente o sentido de “calar o que se conhece”, ou “deixar de mencionar ou de descrever, nos casos em que a lei exige a menção ou a descrição”⁴¹⁸. Assim, a partir de uma interpretação literal do sentido de tal verbo é possível admitir que tal conduta compreenda a omissão de informações como uma maneira de ocultar a localização dos bens de procedência delituosa. Não se pode perder de vista que, no contexto do branqueamento, o sentido que o verbo “ocultar” assume é precisamente o de dar início ao processo dissimulatório da origem dos bens, ou mesmo de favorecer atividade branqueadora que já esteja em curso. Portanto, resta inafastável concluir que, uma vez presentes os pressupostos próprios do tipo penal do branqueamento (distintos do mero incumprimento de deveres administrativos preventivos), a conduta de ocultação, enquanto modalidade de lavagem de ativos ilícitos, pode perfeitamente ser cometida por omissão, a partir de seu significado primevo (“calar o que se conhece”), mas igualmente através da modalidade de realização típica. Todavia, o que realmente importa para a interpretação da relevância da omissão será examiná-la sob a ótica do finalismo.

Por outro lado, a decodificação do sentido do verbo “ocultar”, ainda que a partir da ótica do conhecimento vulgar, aponta para “esconder”. E aquele que esconde algo, o faz onde consegue, onde há meios possíveis, mais seguro, ou menos seguro. Portanto, se em uma situação hipotética alguém que está ao lado daquele que ocultou o objeto, venha a ser indagado sobre o paradeiro do aludido objeto, mas opte por nada responder, ou mentir alegando que não sabe, ainda assim não será possível afirmar que tal observador escondeu ou ocultou o objeto. Entretanto, será perfeitamente possível reconhecer que tal indivíduo aderiu voluntariamente à conduta de ocultação alheia, que está apenas auxiliando o terceiro a manter o objeto escondido, salvo se o multicitado observador ostentar o dever de garante, caso em que terá por obrigação o dever de cuidado e vigilância do bem jurídico tutelado por ele.

Frise-se que no crime comissivo por omissão, ou omissivo impróprio, o dever de agir se volta a evitar um resultado concreto, razão por que, em tais ilícitos, o agente não tem simplesmente a obrigação de agir, mas a obrigação de agir para evitar um resultado, vale dizer, deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Bem por isso, nos crimes comissivos por omissão há um crime material, isto é, um crime de resultado, de modo que, por exigência do art. 13, §2º do CPB, se exigem os pressupostos seguintes: a) abstenção da atividade que a norma impõe; b) superveniência do resultado típico em decorrência da omissão; c) ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir. Portanto,

418 Dicionário Houaiss da língua portuguesa.

caso presentes tais pressupostos, o agente que se omitiu terá aderido evidentemente ao propósito criminoso do branqueador.

Mutatis mutandi, aquele que tem ciência sobre os ativos de origem ilícita, mas omite deliberadamente informações sobre a localização, a origem, ou natureza dos mesmos, não está a ocultá-los, mas seguramente está favorecendo, facilitando, potencializando a conduta de ocultação, e para tanto os motivos condutores de sua solidária adesão ao crime alheio serão decisivos para evidenciar os contornos de uma conduta penalmente típica, e não do mero incumprimento de deveres de prevenção. Aliás, cumpre frisar que os motivos são elementos propulsores de qualquer ação humana, até mesmo daquelas fisiologicamente mais elementares. Nessa ordem de ideias, não seria prudente tangenciar a perquirição dos motivos pelos quais um indivíduo decide delinquir, pois ainda que a motivação seja fútil, ou mesmo torpe, não existe crime sem motivo. Portanto, se mostra necessário perquirir as razões pelas quais um advogado, ou um contador, ou qualquer outro profissional detentor de conhecimentos especiais, optou por não comunicar às autoridades competentes sobre alguma operação suspeita de branqueamento de que tomou conhecimento por força de seu ofício. Se existirem razões ponderáveis, isto pode conduzir à conclusão de que a omissão foi mera negligência, e com isso ficará afastado o tipo penal do branqueamento.

Em verdade, segundo a pertinente reflexão de Cezar Roberto Bitencourt, a omissão de informações à UIF pode corresponder ao significado do verbo típico “ocultar”, mas o sentido dessa conduta deve ser igualmente elucidado a partir de uma interpretação teleológica do delito de branqueamento, que é a desconexão da origem ilícita para o aproveitamento dos valores⁴¹⁹. Por outro lado, não se pode perder de vistas a importância dessa conduta omissiva na eficácia do ato de ocultação da origem, ou da natureza ilícita do ativo financeiro.

Nessa linha de raciocínio, a ocultação de informações pode figurar como autêntica forma de colaboração no crime de terceiros, facilitando sua consumação. Portanto, tem-se por revigorada a conclusão de que a ocultação da origem, entendida como um delito de omissão de informações, jamais pode ser interpretada como mera desobediência à norma administrativa, ou como uma conduta que exaure sozinha o conteúdo de reprovabilidade do crime de branqueamento, mas sim como um crime de facilitação ou favorecimento do delito

419 Nesse sentido posiciona-se Bitencourt, ao mencionar que “verbo ocultar utilizado no *caput* do art. 1º não deve ser interpretado simplesmente como esconder, pois esse comportamento seria, isoladamente, insuficiente para caracterizar a lavagem com as especificidades que justificam a sua criminalização autônoma”. Continua o autor, afirmando que, para que a ocultação seja típica e não se confunda com o tipo de favorecimento real, é necessário que ela realize ao menos a primeira etapa do processo de lavagem. BITENCOURT; Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21. n. 102, mai./jun. 2013. p. 82.

alheio. Daí resulta que, embora reprovável a conduta do omissor, não se equipara em gravidade ao subjacente ato de branqueamento.

Blanco Cordero adverte, contudo, que não se deve concluir que as condutas de ocultação, em si, representem o exaurimento de todo o complexo processo de branqueamento porque, se o ato de ocultar já fosse suficiente para configurar o delito de lavagem, então não importaria a reinserção do dinheiro no tráfico econômico. Destarte, teria a mesma reprovabilidade, nesse sentido, o ato do sujeito que deixa de informar uma operação que sabe ser ilícita (e não necessariamente de branqueamento), bem como o ato do sujeito que efetivamente participa de uma organização criminosa e domina o processo de todos os atos de lavagem⁴²⁰, sobretudo tendo em conta que para existir branqueamento de capitais não é necessário que se percorram todas as etapas do aludido crime.

Finalmente, seja por razões de proporcionalidade, seja por uma questão de justiça, não se pode igualar os graus de reprovabilidade das duas condutas, ainda que ambas estejam, em alguma medida, voltadas à consecução do crime de branqueamento. Por derivação lógica, tem-se por reforçado o raciocínio de que as condutas de ocultação, nomeadamente a ocultação de informações sobre a origem ou natureza ilícita do numerário espúrio, pode configurar uma etapa intermediária entre a fase de *placement* e a fase de *layering*. Portanto, a omissão de informações efetivamente caracteriza uma modalidade de colaboração criminosa em um processo mais amplo de branqueamento de ativos, e que se desenvolverá por meio de transações ativas com o capital espúrio.

1.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) A tipificação penal do branqueamento de capitais nasce a partir de dois pontos fundamentais: a) o branqueamento está umbilicalmente ligado à criminalidade organizada, b) é necessário confiscar as vantagens do crime, em razão de interesse supraindividual posto em perigo. Por isso, a tipificação penal se deu antes da delimitação de um bem jurídico autônomo, mas sempre com vistas a impedir a dissimulação ou ocultação dos frutos de crimes

420 Para fins de eventual imposição de penas, se faz necessária a distinção entre o mero lavador executor e o lavador organizador (que detém o domínio do fato). Cf. BLANCO, Hernán. *Ciberlavado: la nueva era de lavado de activos*. Disponível em: https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-busquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Blanco,%20Hern%C3%A1n. Acesso em 28.11.2022.

pretéritos. Portanto, o branqueamento não se caracteriza como um crime de dano, mas sim de perigo, eis que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido, mas tão somente um perigo abstrato dessa lesão, de modo que se trata de um crime de mera atividade, e não de resultado.

02) Conquanto a tipificação penal do branqueamento tenha derivado do emergencialismo penal, eis que não houve uma prévia delimitação do bem jurídico a ser protegido, historicamente foram considerados os seguintes: a) saúde pública, porque num primeiro momento a lavagem de ativos estava atrelada ao tráfico de drogas; b) administração da justiça, porque dificulta a identificação e punição de autores, coautores e participantes dos crimes subjacentes; c) ordem socioeconômica, porque a astronômica quantidade de dinheiro lavado no mundo, no nível macroeconômico, configura ameaça às políticas econômicas, pois emite sinais errados aos mercados e pode gerar instabilidades nos mesmos, no nível microeconômico, provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, mediante o uso de empresas de fachada, e no nível político, ameaça a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado do direito democrático, eis que se associa à criminalidade organizada, de quem recebe proventos para corromper as estruturas de poder e os meios de comunicação social. Por todos esses fatores o crime de branqueamento configura mais um exemplo do chamado Direito Penal do risco, criador de crimes de perigo abstrato.

03) Inexiste qualquer vedação, mesmo que implícita, à aplicação do dolo eventual ao crime de branqueamento, seja em Portugal, Espanha, Brasil ou Alemanha, dentro outros Estados, razão por que não pode o intérprete criar distinção onde o legislador não o fez, sobretudo porque o objetivo central do direito comunitária foi o de inibir a instrumentalização dos setores financeiros e dos setores não-financeiros sensíveis na dissimulação dos frutos do crime subjacente, e também por isso, a eventual redução do tipo subjetivo ao dolo direto implicaria inutilidade de grande parte do direito comparado.

04) Ainda que os tipos penais de branqueamento sejam majoritariamente condutas comissivas, as condutas de “ocultar”, “guardar”, ou “ter em depósito”, previstos tanto na lei antilavagem do Brasil, quanto no art. 368º-A do CP português, admitem a forma omissiva sem a necessidade de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, embora seja certo que a omissão só será juridicamente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, pois somente haverá omissão dolosa se o sujeito tiver o dever de garante.

05) Os advogados de representação contenciosa, ou consultados pelo arguido para fins de orientação em processo administrativo ou judicial específico, ou ainda para determinar sua

situação jurídica, não são obrigados ao dever de comunicação à UIF, entretanto, por serem detentores de conhecimentos especiais, ao perceberem significativos indícios de que sua atuação profissional foi buscada para permitir a ocultação ou dissimulação de numerário de origem aparentemente criminosa, os advogados não devem se deixar instrumentalizar pelo crime organizado, tampouco devem colaborar com a estruturação de operações (aparentemente legais), pois, nesse caso, não estarão promovendo a defesa do cliente, mas aderindo ao propósito criminoso de terceiros, mediante o favorecimento da ocultação do dinheiro de origem criminosa, e isso não pode ser interpretado como mera desobediência à norma administrativa.

06) Todo aquele que integra, de maneira estável, um escritório voltado ao branqueamento de ativos de origem ilícita, tendo plena ciência de que as atividades do grupo são criminosas, efetivamente demonstra sua adesão aos crimes que ali são perpetrados e nos quais tomou parte (por conduta comissiva ou omissiva imprópria), razão por que a simplória alegativa de que não concordava com os fins delitivos jamais poderia ser admitida como uma declaração verdadeira ou idônea, e ainda que não desejasse ou não tivesse coragem de delatar seus companheiros de empreitada criminosa, a atitude de mínima fidelidade ao direito seria se desligar da organização criminosa.

Capítulo II

TEORIA DO TIPO E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

NO BRANQUEAMENTO

2.1 Dolo e seus componentes

Conforme a teoria finalista da ação o dolo é elemento subjetivo do tipo, razão por que condutas comissivas ou omissivas não constituem meras formas naturalísticas de comportamento, mas ações ou omissões dolosas. Daí porque o dolo representa vontade de concretizar as características objetivas do tipo⁴²¹. Alude-se a três teorias acerca do dolo: a) teoria da vontade, b) teoria da representação, c) teoria do consentimento. Sob a ótica da primeira delas, organicamente exposta por Carrara, “dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um fato que se conhece contrário à lei”⁴²². Sustentam os cultores dessa concepção que o dolo exige dois requisitos: o conhecimento dos fatos e de sua significação pelo agente da conduta, e a disposição do agente em produzir o resultado. Daí porque nesta construção teórica o dolo é sumariamente retratado como a junção de conhecimento e vontade. Já para a teoria da representação o dolo consiste na previsão do resultado, de modo que, para sua configuração, é bastante que o resultado lesivo seja antevisto pelo agente. Finalmente, para a teoria do consentimento, se mostra suficiente a previsão de um resultado como certo, provável ou possível, e assim, é irrelevante que o sujeito queira produzi-lo efetivamente.

Argumenta-se que no ordenamento penal brasileiro restou adotada a teoria da vontade, isto porque assinala o art. 18, inciso I do CPB que “diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Não basta a mera representação do resultado; há de existir igualmente a vontade de praticar a conduta e de produzir o resultado, ou, pelo menos, assumir o risco de produzi-lo.

Ainda que para certa parcela da doutrina o dolo seja normativo, e seja composto pela consciência da antijuridicidade, para a teoria finalista o dolo é natural, e por isso corresponde à simples vontade de concretizar os elementos objetivos do tipo, pelo menos segundo se

421 WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1951. p. 27. Disponível em: <https://www.derechopenalenlared.com/libros/la-accion-finalista-hans-welzel.pdf>. Acesso em 26.12.2022.

422 Apud BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1957. p. 102.

observa do teor do art. 21 do CPB, segundo o qual “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Para Welzel⁴²³, o dolo compreende: a) o objetivo que o sujeito deseja alcançar; b) os meios que emprega para isso; c) as consequências secundárias que estão necessariamente vinculadas ao emprego dos meios. Assim, o dolo deve abranger os elementos da figura típica, e para que se possa afirmar que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha se estendido às elementares e às circunstâncias do delito.

Dito de outra forma, uma vez presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo é integrado por três elementos: a) consciência da conduta e do resultado; b) consciência do nexo causal objetivo entre conduta e resultado; c) vontade de realizar a conduta e através dela produzir o resultado. O que se observa cronologicamente nos crimes materiais e formais é que, inicialmente, se faz necessário que o agente tenha consciência do comportamento positivo ou negativo que pretende realizar, e que represente o resultado típico dali decorrente. Em seguida, deve o agente compreender que daquela conduta projetada em sua mente poderá derivar o resultado, como efeito necessário da conduta. Depois disso, para que o dolo se cristalize, será necessária a presença da vontade para transformar o pensamento em ação, e assim causar o resultado. Nos delitos de mera conduta bastará que o agente represente o resultado e tenha a vontade de praticar a conduta. Destarte, nesse cenário se percebe que o dolo ostenta o momento intelectual (consciência da conduta e do resultado e consciência da relação causal objetiva), e o momento volitivo (vontade que impulsiona a conduta positiva ou negativa).

2.1.1 Conhecimento

Consoante já sinalizado anteriormente, o direito penal construído no bojo de um Estado Democrático de Direito está sedimentado nos princípios da legalidade e da culpabilidade. Este último tem por fundamento a imputabilidade, a consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa. Inobstante o tema seja pouco explorado pela doutrina brasileira dominante, Cirino dos Santos⁴²⁴ assinala que a definição do objeto da consciência do injusto é controvertida na literatura penal contemporânea, tanto assim que sobre ela subsistem três teorias, quais sejam: a) teoria da ordem moral e valores sociais, b) teoria da

423 WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 21.

424 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris. 2008, p. 320.

punibilidade, c) teoria intermediária. E segundo Assis Toledo⁴²⁵ tais teorias são derivadas de uma classificação atribuída a Roda, que fala em critério material, formal e intermediário.

Acerca da teoria da ordem moral e valores sociais (teoria tradicional), seus maiores expoentes são Sauer, Gallas, Hippel, Espósito, Mayer e Arthur Kaufmann⁴²⁶, todavia, contemporaneamente apenas Schmidhauser a defende na Alemanha⁴²⁷. Consoante seus adeptos, o objeto do conhecimento do injusto é a contradição entre seu comportamento e a ordem social, independentemente de conhecer a violação ao ordenamento jurídico ou à punibilidade do fato. Verificam-se pequenas variações de entendimento na medida em que Sauer fala em conhecimento da periculosidade e da danosidade social, ao passo que Gallas argumenta sobre o conhecimento do desvalor social da conduta. Já Hippel e Espósito sustentam que o conhecimento versa sobre a imoralidade da conduta, enquanto Kaufmann e Mayer propugnam pelo conhecimento da lesão a um interesse social⁴²⁸.

A teoria tradicional prosperou na Alemanha, após a Segunda Grande Guerra, por questões de política criminal, emergindo postura jusnaturalista amparada nas normas culturais de Mayer, para quem a obrigatoriedade da lei não reside em seu conhecimento, mas na coincidência com as normas culturais, que precisam ser obrigatoriamente conhecidas por todos os indivíduos. Naturalmente essa questão foi profundamente influenciada pela delinquência nacional-socialista que podia encontrar refúgio para seus crimes em uma concepção formal de injusto⁴²⁹. Aliás, era comum que a defesa alegasse o erro de proibição, pois muitos desses autores seguiam normas jurídicas válidas no momento da realização dos fatos, e foi nesse prisma que Kaufmann se empenhou em demonstrar que o objeto do conhecimento do injusto seria a chamada antijuridicidade material⁴³⁰.

Quanto à teoria que defende a punibilidade como objeto do conhecimento do injusto, também conta com respeitáveis adeptos na Alemanha, tais como Otto⁴³¹, Saborit, Neumann, Schroeder, Jakobs e Stratenwerth; mas também na Espanha, onde se destacam Silva Sánchez

425 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 103-104.

426 RODA, Juan Córdoba. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito*. Barcelona: Bosch, 1986. p. 90-91.

427 FELIP I SABORIT, David. *Error Iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 110.

428 *Apud* RODA, Juan Córdoba. Ob. cit. p. 90.

429 NIETO MARTÍN, Adán. *El conocimiento del Derecho*. Barcelona: Atelier Penal, 2006. p. 75.

430 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit., p. 76.

431 OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. De Gruyter, 1996. p. 203, *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 228: “A teoria moderna, representada por OTTO, apresenta a punibilidade do fato como objeto do conhecimento do injusto, ou seja, consciência do injusto significa conhecimento da punibilidade do comportamento através de uma norma penal positiva, embora não exija conhecimento preciso dos parágrafos de lei infringidos”.

e Bacigalupo⁴³². Na visão de Otto é necessário o conhecimento da punibilidade do comportamento através de um tipo penal, ainda que não se exija conhecimento minucioso dos termos da lei. Já Neumann adota entendimento mais flexível, na medida em que defende ser desnecessário o conhecimento da punibilidade penal, mas tão somente de uma punibilidade genérica, e para tanto arremata que a consciência do injusto seria apenas a consciência da sancionabilidade jurídica do comportamento realizado, pouco importando se a violação diz respeito a uma norma de direito civil, administrativo ou disciplinador. Schroeder, a seu turno, se alinha com Otto e preconiza que existe uma grande diferença quando o autor do fato ostenta consciência que sua conduta está potencialmente sujeita a uma pena criminal, ou apenas a uma mera obrigação indenizatória, eis que ao ignorar os limites da punibilidade do fato que pratica não estará o sujeito incorrendo simplesmente em erro sobre as consequências jurídicas da infração, mas sobre o próprio desvalor expresso na norma penal e, por isso mesmo, incorrerá em verdadeiro erro de proibição⁴³³.

Esta também é a posição invocada por Bacigalupo e Silva Sanchez, para os quais a prevenção geral é função basilar do direito penal. Por outro lado, Jakobs e Stratenwerth⁴³⁴ fazem eco à percepção de Neumann quanto à desnecessidade do conhecimento de que o comportamento do autor seja sancionado penalmente, sendo suficiente que o agente compreenda estar violando uma norma do ordenamento jurídico que confere ao Estado a possibilidade de empreender medidas coativa ou sancionadoras. Quanto a esse aspecto, cabe refletir que se a coação psicológica da pena deve evitar o cometimento do delito, deve ser reconhecido ao autor da conduta que se impõe o efetivo conhecimento da norma que será ou não por ele violada.

Contemporaneamente a teoria intermediária se afigura predominante na doutrina e jurisprudência alemãs, e tem Roxin⁴³⁵ como expoente maior. Para ele, a consciência do injusto significa que o sujeito sabe que o que faz está juridicamente proibido. Defende ainda que conhecer a imoralidade do comportamento seria insuficiente, mas conhecer a punibilidade da ação seria desnecessário. Por isso mesmo, vincula o desvalor social à existência de uma norma jurídica ou preceptiva, e nesse sentido argumenta que a consciência da antijuridicidade significa que o sujeito sabe que faz algo não consentido, senão mesmo proibido, de modo que, para a consciência da antijuridicidade não basta a consciência da danosidade social ou da contrariedade à moral da própria conduta, mas isso não implica dizer que seja necessária,

432 FELIP I SABORIT, David. Ob. cit. p. 116.

433 FELIP I SABORIT, David. Ob. cit. p. 116.

434 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit. p. 98.

435 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit. p. 99.

segundo a opinião dominante, a consciência da punibilidade. Roxin arremata seu pensamento proclamando que, consoante a jurisprudência dominante, a consciência da punibilidade não é necessária para o conhecimento da proibição, e se o legislador quisesse exigí-la deveria ter falado de “compreensão de atuar de maneira punível”, e não de “compreensão de fazer algo injusto”⁴³⁶. Alerta, contudo, que o conhecimento da afronta ao ordenamento jurídico como objeto do conhecimento do injusto não se refere a uma proibição abstrata, mas sim à relação com o injusto concreto do tipo correspondente⁴³⁷.

A teoria mista é igualmente defendida por Maurack e Zipf⁴³⁸, segundo os quais a consciência do ilícito deve estar referida ao tipo, vale dizer, que o autor esteja em situação de reconhecer como ilícito a específica violação do bem jurídico que abarca o respectivo tipo penal. Por isso mesmo, entendem ser necessário e suficiente que o agente conheça o caráter imperativo da norma, sendo prescindível que ele conheça as fontes ou a forma de aparição desta. Argumentam, contudo, ser insuficiente o simples conhecimento do desvalor social ou imoral da conduta. Neste tocante, são contestados por Rudolphi, o qual entende que o conhecimento da antijuridicidade significa conhecer o total desvalor do fato, o que requer conhecer, primeiramente, que se viola uma norma do ordenamento jurídico, e somente em segundo lugar, que se conheça o injusto global do fato, o que exige como premissa prévia a consciência do desvalor material do próprio comportamento⁴³⁹.

No âmbito da doutrina lusitana, Figueiredo Dias⁴⁴⁰ destaca que o CP português não define o dolo do tipo, ainda que seu art. 14º disponha sobre cada uma das formas pelas quais ele se manifesta. Reconhece que a doutrina dominante define o dolo como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito. Assinala o art. 13º do CP português que “só é punível o fato praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência”. Daí se observa a presença da mesma regra-geral fixada no CPB, segundo a qual, à partida, somente os crimes dolosos serão punidos, salvo se o legislador fixar igualmente um tipo culposo para determinada conduta, e ainda assim, mediante sanções significativamente menores⁴⁴¹. De fato, a estrutura dogmática do dolo do tipo em Portugal é condicionada, por um prisma político-criminal que distingue tipos culposos e dolosos, fundamentalmente, pelo

436 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit. p. 87.

437 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit. p. 89.

438 MAURACH, Reinhart. Ob. cit., p. 673.

439 NIETO MARTÍN, Adán. Ob. cit. p. 93.

440 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal: Parte Geral, Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 349.

441 Enquanto o tipo culposo previsto no art. 292º do CP português é punido com pena máxima de um ano de prisão, o tipo doloso do art. 295º do mesmo diploma é apenado com até cinco anos de prisão.

maior desvalor atribuído a estes últimos, isto em função de uma diferença nos graus de culpa (que corresponde à culpabilidade para a dogmática do Brasil)⁴⁴².

Segundo se extrai nas lições Beleza dos Santos, a diferença de graus foi perseguida quando dolo e negligência eram doutrinariamente considerados exclusivamente espécies de culpa, embora já se admitisse que dolo correspondia a uma violação consciente do direito, razão por que só se perfazia com a junção de conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo. Entretanto, era necessário que o agente tivesse consciência de que se realizava um tipo objetivo de ilícito, e que, apesar dela, sobrepunha conscientemente os seus interesses à fidelidade devida ao Direito.

Sucede que a doutrina portuguesa veio a superar a concepção própria das teorias do dolo estritas, as quais foram combatidas por meio de variada argumentação. Entretanto, foram aquelas construções teóricas que inspiraram a ideia de que o dolo não poderia se exaurir no tipo de ilícito, precisamente porque impõe, para sua configuração, um elemento emocional que se deve agregar aos elementos intelectual e volitivo. Nessa linha de pensamento, somente se alcança o dolo do tipo quando presentes não apenas conhecimento e vontade, mas ainda quando o agente revela com seu comportamento uma atitude de contrariedade ou indiferença aos deveres de abstenção impostos pela norma penal. Quanto ao ponto, adverte Figueiredo Dias que, funcionalmente, os elementos cognitivo e volitivo do tipo não se situam no mesmo nível, isso porque o primeiro não é decisivo para distinguir tipos dolosos e tipos negligentes, porquanto estes últimos também podem conter a representação pelo agente sobre um fato que preenche um tipo de ilícito, e isso se verifica nos casos de negligência consciente. Portanto, é precisamente o elemento volitivo que indica uma postura contrária ou indiferente à norma de conduta, e isso permite sua punição por dolo⁴⁴³.

Para que ocorra o elemento cognitivo ou intelectual do dolo é preciso que o agente conheça, saiba, represente corretamente ou tenha consciência (psicológica ou intencional) sobre as circunstâncias do fato que corresponde a um tipo de ilícito objetivo, isto de molde a afastar a figura do erro sobre o fato (CP português, art. 16º, nº 1). É necessário que isto ocorra para que o sujeito detenha o domínio dos fatos e possa formar uma consciência ética sobre o desvalor jurídico imanente à conduta pretendida, bem assim à sua natureza ilícita. Sem isso o agente não deterá consciência intencional ou psicológica. Ademais, apenas quando os elementos fáticos estão presentes na consciência psicológica do indivíduo é possível afirmar

442 COSTA, José de Faria. As definições legais de dolo e negligência. Coimbra: Boletim de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. n. 69, 1993. p. 374; PEREIRA, Rui Carlos. O dolo de perigo: Contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto. Lisboa: Lex, 1995. p. 83-84.

443 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 350.

que ele efetivamente escolheu cometer o ilícito, e por isso deve responder por sua deslealdade ou indiferença ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Em síntese, o conhecimento da realização do tipo objetivo de ilícito constitui a base necessária para que nele se possa apoiar a culpabilidade dolosa e a punição do sujeito a esse título, pois se o agente não representar, ou representar com equívoco qualquer um dos elementos do tipo, o dolo estará ausente. Eis o significado do princípio da congruência⁴⁴⁴.

Relativamente ao conhecimento das circunstâncias do fato, deve ser examinado à luz de três vetores: a) conhecimento dos elementos normativos, b) atualidade da consciência intencional da ação, c) erro sobre a factualidade típica. Este último, entretanto, será objeto de análise em título próprio dedicado aos estados de erro e ignorância. Quanto ao primeiro vetor, o conhecimento precisa versar sobre “fatos valorados”, vale dizer, não é suficiente o conhecimento dos meros fatos, sendo exigível a percepção do seu significado correspondente ao tipo, e nesse escopo será sempre mais fácil conhecer os elementos descritivos do tipo. Por outro lado, os elementos normativos normalmente impõem um maior grau de dificuldade, pois só podem ser representados por referência a normas, entretanto, há muito Von Liszt advertia que não se pode exigir a exata subsunção jurídica dos fatos na lei que os prevê⁴⁴⁵, pois, do contrário, somente os juristas poderia atuar dolosamente. Portanto, se o sujeito conhece o conteúdo do elemento típico, mas desconhece sua qualificação normativa, estará cometendo erro na subsunção, o qual deve ser reputado irrelevante na configuração do dolo do tipo.

De fato, será suficiente que o agente conheça os elementos normativos do tipo, mas apenas naquilo que seja essencial para perceber o conteúdo da valoração jurídica realizada pelo legislador, de molde a orientar o agente sobre a ilicitude da conduta. Nos delitos patrimoniais, por exemplo, quando se alude à apropriação ou ao furto de “coisas alheias”; ou nos delitos cometidos no exercício de funções públicas, quando a lei se reporta a “funcionário”, dentre outros vocábulos ou expressões. Quanto ao ponto, e invocando as lições de Binding, Mezger assinala que o conhecimento dos elementos normativos corresponde a uma “valoração paralela na esfera do leigo”⁴⁴⁶. No mesmo sentido, Welzel procura aclarar os limites de tal atividade intelectual, e para tanto propõe uma “apreciação paralela na

444 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 351.

445 LIZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. t. 2. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet Editores, 1899. p. 279-285.

446 MEZGER, Edmund. Ob. cit., §44.

consciência psicológica do agente”⁴⁴⁷. Beza dos Santos, a seu turno, pondera que tal inteligência de refere à necessidade de “conhecimento dos efeitos práticos que formam o conteúdo jurídico dos elementos em causa”⁴⁴⁸.

É forçoso reconhecer que o conhecimento, para detecção do dolo do tipo, conduzirá a uma maior exigência, e isto se dá quando os elementos normativos têm uma estrutura eminentemente jurídica, a qual impõe uma análise técnica para orientar o agente sobre o desvalor da ilicitude do comportamento. Exemplos disso são as expressões “vantagem indevida”, ou “matéria coletável”, ou ainda “prestação tributária aduaneira legalmente devida”, dentre outras semelhantes. Em tais hipóteses, tal qual se verifica nas normas penais em branco, se mostra inexigível que o sujeito detenha capacidade de valorar o substrato jurídico da norma, mas tão somente que ele conheça os critérios determinantes da qualificação. Todavia, há outros casos que geram um menor grau de exigência para identificação dos elementos normativos do tipo, e isso se verifica quando o momento intelectual se restringe aos pressupostos materiais. Exemplos disso são certos elementos que exprimem imediatamente uma valoração moral, social, cultural ou mesmo jurídica decisiva, tais como as expressões “bons costumes” (CP, arts. 38º e 149º), “censurável” (CP, art. 154º, nº 3, “a”), “ilegitimidade” (CP, arts. 203º, nº 1, 205º, nº 1, 209º), ou ainda “dever de garante”, tal como grafada nos crimes de omissão imprópria. Em todos estes casos a configuração do dolo do tipo exigirá somente o conhecimento dos pressupostos materiais da valoração, para que o agente perceba o desvalor do fato como um todo.

É igualmente necessário que conhecimento seja atual, razão por que não basta a mera possibilidade de representação do fato. Todavia, a expressão “consciência atual” não é sinônimo de “consciência refletida”. Esclarece Platzgummer que a consciência necessária sobre as circunstâncias do fato será atual, sob o prisma psicológico, não apenas quando assumidas pelo agente sob a forma de “representação” (que pressupõe alguma reflexão), mas ainda quando são “co-consciencializadas”, vale dizer, quando “assumidas por uma consciência que não é considerada explicitamente, mas que é atendida com outros conteúdos conscientemente considerados e tem assim também de ser implicitamente tornada em conta de forma necessária”⁴⁴⁹.

447 WELZEL, Hans. Ob. cit., §13.

448 *Apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 115.

449 PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatz*. 1964. p. 83, *apud* SANTOS, Juarez Cirino. Direito Penal: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 146.

Nas palavras de Roxin, uma co-consciência imanente à ação seria uma espécie de “consciência amortecida”⁴⁵⁰. Para densificar o conceito, Figueiredo Dias⁴⁵¹ alude a alguns exemplos: a) o médico que sabe que determinado fármaco pode produzir um colapso cardíaco sob certas circunstâncias, e o prescreve ao seu paciente, sem cogitar que tais condições estão presentes, deterá um conhecimento atualizável, mas não a consciência atual sobre os elementos do tipo objetivo descrito no art. 144º, “d”, do CP, razão por que sua conduta será destituída de dolo do tipo; b) o namorado maior e capaz que há tempos copula com menor de quinze anos, abusando da sua inexperiência (CP, art. 174º), dificilmente lembrará da idade da vítima, mas, mesmo assim, tal conhecimento reside na sua co-consciência imanente à ação; c) o guarda prisional que, abusando das suas funções, mas sem nelas pensar no momento da ação, pratica ato sexual de relevo com pessoa ali internada (art. CP, 166º) estará atuando sob o pálio de “permanente saber acompanhante”, suficiente à caracterização do dolo do tipo.

Todavia, se é certo que não se deve presumir esse conhecimento atual, especialmente em situações plurisignificativas, não se deve tangenciar a reflexão de Mezger, no sentido de que, para conhecer certos elementos do tipo objetivo de ilícito, não seria necessária a sua representação pelo agente, bastando uma advertência do sentimento, assim compreendida como uma qualquer imagem proveniente de camadas próximas do subconsciente⁴⁵². Tal concepção revela a adesão deste jurista às conclusões derivadas da “psicologia da profundidade”⁴⁵³, enquanto Platzgummer persiste fiel aos postulados da “psicologia associacionista”⁴⁵⁴. O tema ocupou igualmente a atenção de Schmidhauser, que refletindo

450 ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979. p.188-189.

451 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 356.

452 MEZGER, Edmund. Ob. cit., p. 482.

453 A “Psicologia Profunda” remonta a 1896, a partir dos estudos freudianos sobre a organização classificatória das neuroses. Em seu trabalho intitulado “Sobre a Etiologia da Histeria”, Freud assinalou ser muito difícil discernir, no plano do inconsciente, entre fantasia e lembrança. Tal reviravolta nos estudos psicanalíticos provocou também uma mudança essencial nos atendimentos clínicos, principalmente com a inserção das técnicas de interpretação onírica como ferramentas primordiais da análise psicoterápica. Os sonhos se revelaram, para Freud, um material precioso, pela característica peculiar que os perpassam, ou seja, por deterem uma dimensão latente e outra manifesta. Este conteúdo se apresenta diante das pessoas como uma máscara distorcida da natureza oculta do sonho em questão, atendendo assim às necessidades da psique, no que se refere às censuras do inconsciente. Jung, discípulo de Freud, definiu em 1948 a expressão “Psicologia Profunda” para se referir à disciplina que estuda os fenômenos da esfera inconsciente. Disponível em: <https://www.infoescola.com/psicologia/psicologia-profunda/>. Acesso em: 27.12.2022.

454 O associacionismo é uma corrente da psicologia iniciada no Reino Unido, no século XIX, mas cujas bases foram estabelecidas por filósofos empiristas dos séculos XVII e XVIII. Locke e Hume, além de psicólogos como Skinner e Pavlov são alguns dos maiores expoentes do associacionismo. Segundo a teoria associacionista, a mente tem suas próprias regras de funcionamento e todas elas podem ser expressas em uma ideia: nossa capacidade de refletir se baseia em algum tipo de associação mental. Existe algum tipo de conexão entre diferentes ideias criadas pela mente, tais como a) a semelhança (unimos mentalmente impressões e ideias

sobre a consciência psicológica do ilícito, preconizava que a atualidade da consciência requerida se processa, psicologicamente, de acordo com um “pensamento pela matéria” (*Sachdenken*), cuja característica essencial estaria, por oposição ao “pensamento pela fala” (*Sprachdenken*), na rapidez com que se atualiza um saber que se possui e que, embora não de forma refletida, chega à consciência intencional de modo a influenciar a decisão da ação.

Embora seja correto afirmar que, majoritariamente, o elemento intelectual do dolo se perfaz por meio do conhecimento de todos os supostos do fato e do decurso do acontecimento, há casos em que se exige que o agente tenha atuado com conhecimento da proibição legal. Tal se verifica quando o tipo de ilícito objetivo compreende condutas de relevância axiológica mínima, nas quais o ilícito é primariamente constituído não somente por matéria proibida, mas especialmente por proibição legal. Em tais hipóteses o conhecimento da factualidade típica se mostra insuficiente à percepção do agente quanto ao desvalor do ilícito. Destarte, o desconhecimento desta proibição legal impedirá o conhecimento total do substrato da valoração, e por consequência, obstará a caracterização do dolo. Precisamente por isso é que o art. 16º, nº 1, do CP português equiparou, quanto a seus efeitos, o erro sobre a proibição legal ao erro sobre a factualidade típica, e assim excluiu o dolo sempre que seu conhecimento “for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do fato”. Em paralelo, Figueiredo Dias⁴⁵⁵ pondera que em alguns crimes de perigo abstrato, a descrição da conduta, divorciada da proibição, se mostra insuficiente para orientar o agente acerca do desvalor do comportamento incriminado. Exemplo disso seria a condução de veículo automóvel com a taxa de álcool no sangue de 1,2 gr/l, assinalada pelo legislador como indício irrefutável do estado etílico do motorista, e suficiente para caracterizar um crime.

Por idêntica motivação, no âmbito do direito penal econômico a relevância axiológica da conduta, não raro, se mostra pouco perceptível, razão por que é necessário que o agente conheça a proibição legal para perceber o desvalor da ilicitude. Em situação ainda mais extrema estão situadas determinadas condutas que, embora incriminadas, são reputadas toleráveis pelo corpo social, tal como o delito de tráfico de influência⁴⁵⁶. Destarte, se o agente

similares); b) a contiguidade (conectamos elementos distintos de maneira temporária ou espacial); c) a causa-efeito (nossa mente conecta ideias a partir da relação necessária entre uma causa e seu efeito). Disponível em: <https://conceitos.com/associacionismo/>. Acesso em: 27.12.2022.

455 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 364.

456 PEREIRA, Margarida Silva. Acerca do novo tipo de tráfico de influência. In: Jornadas sobre a Revisão do Código Penal. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (org.). Lisboa: AAFDL, 1998. p. 253 e ss.; CAEIRO, Pedro. Tráfico de influência – art. 335º. In: Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial. t. 3. DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), Coimbra: Coimbra, 2001. p. 279; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. p. 810.

não detiver o conhecimento da proibição legal, restará impossível afirmar a caracterização do dolo, e por isso mesmo a conduta somente poderá ser sancionada a título de negligência, caso assim o preveja a lei penal.

Finalmente, cumpre salientar que o conhecimento de certas proibições legais se mostra indispensável à punição do sujeito por crime doloso, não porque o erro respectivo exclua o dolo do tipo, mas sim porque deve ser rejeitada a culpabilidade dolosa⁴⁵⁷. Com efeito, o que se infere a partir das lições de Lange é que, no caso dos crimes de mera proibição, o erro sobre a proibição legal ostenta a mesma função dos demais elementos do tipo objetivo, pois o liame entre eles se mostra tão intenso a ponto de impedir qualquer distinção normativa e teleológica entre ambos para afirmação do dolo do tipo. Então, mesmo que se possa rejeitar a ideia sob um prisma puramente lógico, em tais hipóteses a proibição legal seria pura e simplesmente elemento constitutivo do tipo, de modo que, sem conhecer a proibição legal, será impossível ao agente deter a consciência ética para o problema da ilicitude.

2.1.2 Vontade

Segundo as lições de Luzón Peña, além do elemento intelectual, o dolo exige um elemento volitivo, que não se restringe à vontade genérica de ação, indispensável a qualquer conduta, mas à vontade específica de realizar um comportamento típico, isto é, o de preencher todos os elementos objetivos do tipo, dos quais se tem conhecimento⁴⁵⁸. Na mesma linha, assinala Jescheck que a vontade consiste na decisão de realizar a ação típica e na execução dessa decisão. Corresponde, portanto, à intenção (como modalidade de dolo), em que o autor se propõe na consecução do resultado típico⁴⁵⁹. Também no plano da melhor doutrina portuguesa se observa a mesma compreensão. Nesse sentido, Figueiredo Dias⁴⁶⁰ adverte que “o dolo do tipo não pode bastar-se com aquele conhecimento, mas exige ainda que a prática do fato seja presidida por uma vontade dirigida à sua realização. É esse elemento que constitui o momento volitivo do dolo do tipo e que pode assumir matizes diversos, permitindo a formação de diferentes classes de dolo. Se por vezes uma tal direção da vontade é claramente manifestada, configurando os casos chamados de dolo direto, outras vezes ela é menos clara e

457 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime - 2ª Parte. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 2. n. 1. jan-mar., 1992. p. 20 e ss.

458 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Ob. cit., p. 411.

459 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 264.

460 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 366.

suscita dificuldades apreciáveis, quando o agente parte para a realização do facto tendo-o representado como meramente possível. Aqui sobem de ponto as dificuldades de distinção, a nível dos tipos de ilícito entre dolo e negligência, na medida em que também a negligência consciente supõe a representação da realização do facto como possível. Para além disto, a distinção entre dolo directo e dolo eventual possui o maior relevo, na medida em que casos existem na lei - e outros são acrescentados pela doutrina - em que o facto só é punível a título de dolo directo, não de dolo eventual”.

O dolo directo de primeiro grau se configura na hipótese do art. 14º, nº 1 do CP português, vale dizer, quando a realização do tipo objetivo de ilícito corresponde ao propósito da conduta. Contudo, também há casos de dolo directo intencional em que a realização do tipo não corresponde ao propósito derradeiro do sujeito, mas se afigura como estágio intermédio necessário à sua implementação. É o que se observa, por exemplo, no crime de latrocínio (CPB, art. 157, §3º, inciso II). O que o autor efetivamente deseja é roubar a vítima, mas diante da eventual reação desta finda por tirar-lhe a vida. Em casos tais como esse as motivações do agente serão menos relevantes, eis que o agente direccionou sua vontade à consecução do facto. Destarte, a maior importância residirá na conexão entre o facto prévio (morte da vítima) e o propósito do agente (roubo de pertences da vítima). Embora sejam irrelevantes na qualificação do tipo, é indubitoso que os motivos do crime serão sopesados para fins de dosimetria da pena⁴⁶¹.

O dolo directo de segundo grau, por seu turno, se encontra caracterizado na hipótese do art. 14º, nº 2, do CP português, segundo a qual “age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta”. Nele o facto constitui uma consequência inevitável da conduta, ainda que não corresponda ao fim pretendido pelo agente, mas esta situação de “inevitabilidade” só se configura caso o elemento intelectual do dolo esteja robustecido, vale dizer, não basta que o resultado lesivo seja possível; ele precisa ser acentuadamente provável. Se alguém acopla uma bomba num ônibus, com o intento de matar um desafeto, será altamente provável que outros passageiros venham a ser mortos a partir da mesma explosão. Portanto, a conduta indicará dolo de primeiro grau em relação à vítima almejada, e dolo de segundo grau em relação a todas as demais vítimas que vierem a perecer, como se suas mortes fossem um efeito colateral previsível e já contabilizado pelo assassino.

461 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. §8.

Na dogmática portuguesa o dolo eventual (ou dolo condicional)⁴⁶² tem assento no art. 14º, nº 3, do respectivo CP, segundo o qual “quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização”. Trata-se, portanto, de uma consequência “possível” do comportamento do agente. A exemplo do que se verifica no Brasil, na concepção lusitana do dolo eventual, o sujeito ativo atua com vistas a aceitar ou se conformar diante de um resultado lesivo, mesmo que não seja ele pretendido.

Pondere-se ainda que a doutrina portuguesa também reconhece as enormes dificuldades para distinguir dolo eventual e culpa consciente. Nesse sentido, Figueiredo Dias⁴⁶³ assinala que “para consideração do problema da distinção entre dolo eventual e negligência consciente deve, assim, aceitar-se à partida que entre as duas entidades existe, no plano do elemento intelectual, uma sobreposição inevitável. A tentativa doutrinal de operar ainda neste plano a sua distinção com apelo à categoria da finalidade - que existiria no dolo eventual, mas já não na negligência consciente - está condenada a fracassar”. Conclusivamente, ou se admite que o conceito de finalidade é puramente consequencial, e se afigura como sinónimo de resultado, ou a “finalidade” corresponderá a um conceito resultante da ação com mera representação de um resultado como possível⁴⁶⁴.

2.2 Conhecimento e seus reflexos no branqueamento de capitais

As normativas internacionais que versem sobre a incriminação do branqueamento de capitais apontam de forma majoritária que se trata de tipo penal doloso, ainda que alguns Estados admitam pontualmente a configuração de branqueamento sob a modalidade culposa. Quanto ao ponto, e recorrendo sobre as exigências quanto ao conhecimento da origem ilegal das vantagens ilícitas dissimuladas no crime de branqueamento, Kai Ambos⁴⁶⁵ salienta que na Bélgica, na Alemanha, na Suécia, e na Espanha, o desconhecimento culposo da origem ilícita dos recursos utilizados em determinadas operações financeiras é tipificado como branqueamento culposo, mas nos países europeus onde vige o *common law*, tais como Irlanda

462 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 4. ed. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 437-444; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 8-21.

463 DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 368.

464 GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Barcelona: Bosch, 1959; DIAS, Jorge de Figueiredo. Ob. cit., p. 71 e ss.

465 AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 28.

e Inglaterra, é suficiente a crença (*believing*) nisso, e na suspeita (*suspicion*) da origem ilícita, em todo caso de menor transcendência que o conhecimento.

Aduz mais que em outros Estados europeus, tais como França e Itália, é suficiente a presença do dolo genérico, incluindo-se o *dolus eventualis*, ou, porém, o conhecimento no sentido do *dolus directus* de segundo grau. Acrescenta ainda que, na Alemanha, pune-se, em princípio, a lavagem de dinheiro culposa, porém, em relação ao tipo penal de aquisição, no sentido do § 261, (2), nº 2 do StGB, exige-se o conhecimento no momento da obtenção, ao passo que na Áustria, exige-se o conhecimento da origem ilícita sobre a aquisição e utilização também no caso de conversão e transferência, enquanto em Luxemburgo, a punibilidade pressupõe o conhecimento positivo de modo geral.

A propósito da finalidade específica de dissimular os recursos de origem espúria, como condição *sine qua non* do branqueamento, Kai Ambos leciona que “existe o chamado tipo penal de intenção apenas em quatro Estados da União Europeia, como Bélgica, Grécia, Portugal e Espanha, segundo o qual a escolha da expressão inequívoca “*dans le but*” na Bélgica, e “com o fim” em Portugal, equipara-se à construção menos inequívoca “*um zu*” (para) do direito espanhol”⁴⁶⁶. Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, mesmo nos países cujas legislações somente admitem o branqueamento doloso, há severa resistência de parte da doutrina em considerar que o crime se configura a partir da incidência do dolo eventual. Com efeito, diversos autores sustentam que somente o dolo direto se mostra apto à configuração do tipo penal do lavado de ativos.

No âmbito do direito penal português, relembre-se que antes do advento da Lei nº 11/2004 era forçoso que o agente tivesse vontade de ocultar as vantagens ilícitas por si manipuladas, mesmo tendo efetivo conhecimento de serem elas derivadas de algum crime subjacente. Nesse pormenor, Rodrigo Santiago sinaliza que a doutrina lusitana se posicionava de forma majoritária no sentido de que a ausência de conhecimento da origem ilícita das vantagens não permitia a configuração do crime de branqueamento na modalidade negligente⁴⁶⁷. No mesmo sentido se posiciona Vitalino Canas⁴⁶⁸, para quem a lei não se contentava com a mera representação da eventualidade de os bens serem provenientes de crimes subjacentes e com a conformação com essa eventualidade, exigindo que o agente conhecesse, e não que meramente representasse e se conformasse com a proveniência ilícita dos bens. Por igual, Jorge Godinho e Almeida Cabral rechaçam a impossibilidade da

466 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 29.

467 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 393. No mesmo sentido: DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. Ob. cit., p. 147.

468 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 162.

caracterização do crime de branqueamento por meio de dolo eventual, nos moldes do art. 14º, nº 3 do CP português⁴⁶⁹.

No plano do direito penal brasileiro, uma corrente minoritária⁴⁷⁰ tenciona fragilizar a possibilidade do branqueamento por dolo eventual, sob o argumento de que nos tipos penais em que este é admitido o texto da lei costuma assinalar a expressão “deve saber”, e mesmo que isso não se aplique a todos os tipos penais com dolo eventual, é aplicável às hipóteses normativas em que o comportamento típico pressupõe a ciência de um estado, ou de um fato, ou de circunstância anterior, tal como se observa nos delitos de perigo de contágio venéreo (CPB, art. 130), de receptação qualificada (CPB, art. 180, §1º), ou de excesso de exação (CPB, art. 316, §1º). E relativamente ao grau do conhecimento exigido do agente sobre a origem espúria dos bens ou das vantagens, Miguel Reale Júnior se posiciona no sentido de que somente cometerá o crime de branqueamento aquele que tem plena ciência de que o produto tem origem delitiva (dolo direto)⁴⁷¹, contudo, em sentido diametralmente oposto se posicionam Tigre Maia, Mougenot Bonfim, Veríssimo De Carli, Sérgio Moro, dentre tantos outros que advogam a tese segundo a qual a mera suspeita da origem infracional (dolo eventual) é suficiente para que se afaste o erro de tipo⁴⁷². Aliás, esta é precisamente a concepção que se extrai da Convenção de Varsóvia, de 2005, segundo a qual os Estados-Membros da Comunidade Europeia poderiam tomar medidas para entender como crime os casos de branqueamento em que o agente suspeitava da origem ilícita dos bens ou deveria

469 GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Ob. cit., p. 215; CABRAL, Jorge Almeida. Ob. cit., p. 83; ASCENÇÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 348.

470 No julgamento da Ação Penal nº 470, tanto a Ministra Rosa Weber, quanto o Ministro Celso de Mello, ambos membros do STF, admitiram o dolo eventual no crime branqueamento, e assinalaram que isto seria possível mesmo a partir da redação originária da Lei nº 9.613/98, antes da reforma de 2012. Em sentido diverso, os Ministros Marco Aurélio Mello e Dias Tóffoli rejeitaram expressamente o dolo eventual do delito de branqueamento, ao menos diante do texto legal anterior.

471 BARROS, Marco Antônio de Barros. Ob. cit., p. 59; CALLEGARI, André Luís. Ob. cit., p. 164; PODVAL, Roberto. Ob. cit., p. 210; PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. Ob. cit., p. 137. Embora sem aludir expressamente ao dolo eventual, Miguel Reale Júnior entende caracterizado o dolo do branqueamento de capitais a partir do conhecimento da origem ilícita, e sustenta que o agente deve agir com convicção de que o bem sobre o qual atua é ilícito (REALE JÚNIOR, Miguel. Figura típica e objeto material do crime de “lavagem de dinheiro”. In: ANDRADE, Costa et al. (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. III. n. 10. p. 559-575).

472 Diversos expoentes da doutrina brasileira admitem dolo eventual diante da ausência de qualquer restrição. MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62. No mesmo sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit. p. 88; BONFIM, Edilson Mougenot. Ob. cit., p. 46; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 188; PRADO, Luiz Régis. Ob. cit., p. 228; DELMANTO, Roberto (et al.). Leis Penais Especiais Comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 559-564; DE SANCTIS, Fausto Martin de Sanctis, Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Campinas: Millenium, 2008. p. 49; OLIVEIRA, William Terra, A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98 de 1º de março de 1998, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul-set. 1998. p. 111; PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual, In: Revista Síntese. Porto Alegre: Síntese. n. 31. v. 6. 2005. p. 32-44.

conhecer a origem ilícita dos bens, e com isso evidenciou a possibilidade de perpetração desse crime por meio de dolo eventual, ou mesmo por imprudência (art. 9º, nº 3). Frise-se, finalmente, que a Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 admitiu expressamente a lavagem de ativos por meio de dolo eventual (EM, 692/MJ/1996).

Nesse contexto de flagrante oposição doutrinária, não se pode ignorar que mesmo aqueles que consideram suficiente a incidência do dolo eventual para configuração do delito de branqueamento, não raro sustentam que as circunstâncias fáticas do caso concreto apontam tão somente para a existência de culpa consciente. Precisamente por isso se mostra necessário dedicar maior atenção às teorias do dolo, e com especial destaque a uma dentre elas, qual seja, a teoria do conhecimento, isto porque, com acentuada frequência, alguns arguidos por branqueamento de capitais sustentam a inoccorrência de dolo por ausência de conhecimento, mas tangenciam circunstâncias fáticas que atraem a incidência da teoria da cegueira deliberada, a qual será objeto de capítulo seguinte desta tese.

Com efeito, é forçoso investigar se a cegueira deliberada consiste precisamente na vontade de não conhecer aquilo que já se conhece, ainda que de forma rudimentar e intuitiva. É preciso desvendar se fatores externos poderosos, tais como grandes incentivos econômicos ofertados pelo crime organizado, especialmente a profissionais dos setores não-financeiros sensíveis, potencializam sobremaneira a vontade de não conhecer. Esta é, portanto, a *ratio essendi* deste título, e que exige um revisitar, mesmo breve, das teorias do dolo.

Conforme já destacamos anteriormente, o dolo é composto por um elemento cognitivo e por outro elemento volitivo, e por isso mesmo é concebido como conjunção de conhecimento e vontade⁴⁷³. O elemento intelectual se cristaliza através do conhecimento do sujeito acerca da conduta que adota, razão por que Muñoz Conde e García Arán preconizam que o agente deve conhecer aquilo que realiza, ter ciência dos elementos que caracterizam a sua conduta como um todo⁴⁷⁴. Aliás, quanto a isso Díaz-Aranda acrescenta que o elemento cognitivo é pressuposto da vontade própria do dolo, eis que não se pode querer aquilo que não se conhece⁴⁷⁵. Por outro lado, Johannes Wessels assinala ser suficiente que o sujeito ativo conheça o objeto ao qual se dirige a conduta, de modo que não se exige um maior detalhamento individual. Exemplifica sua concepção argumentando que o indivíduo que atira contra uma multidão e atinge apenas uma pessoa desconhecida terá agido com dolo, assim

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

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

475 DÍAZ-ARANDA. Ob. cit. p. 116.

como é suficiente que o ladrão saiba que encontrará algum objeto na residência invadida, e não qual objeto específico; ou que saiba estar se apropriando de um veículo alheio, não necessitando que conheça quem é o verdadeiro proprietário⁴⁷⁶. E quanto ao elemento volitivo, consistente em um querer realizar os elementos do tipo penal incriminador⁴⁷⁷.

2.2.1 Breves considerações sobre origem e essência do conhecimento

A necessidade de aferir a origem do conhecimento nos remete obrigatoriamente à gnosiologia, segmento da filosofia voltada ao estudo do conhecimento humano. Aliás, a gnosiologia pode mesmo ser compreendida como a teoria geral do conhecimento, e é através dela que se reflete sobre a concordância do pensamento entre sujeito e objeto, este entendido como qualquer coisa exterior ao espírito. Nesse cenário surgiram três escolas do pensamento: o empirismo, o racionalismo e o criticismo.

Segundo o empirismo a origem única ou fundamental do conhecimento vem da experiência, que para alguns estaria restrita à experiência sensorial. Daí porque o empirismo representa uma corrente do pensamento que, ao longo dos séculos, assumiu diversas manifestações e atitudes, conforme se observa nas notáveis divergências percebidas entre os adeptos do empirismo científico. Com efeito, Bertrand Russel adverte que “o empirismo pode ser definido como a asserção de que todo conhecimento sintético é baseado na experiência”⁴⁷⁸.

Relativamente ao racionalismo, segunda escola do conhecimento, é oportuno destacar que surgiu porque alguns filósofos se posicionaram contra a ideia de que a verdade deriva necessariamente de uma pura ordem de fatos. Para estes a função proeminente de busca da verdade nasce no processo cognitivo, mas isso não implica, em absoluto, em negar o contributo dos fatos na formação do conhecimento, mesmo porque uma concepção do racionalismo que restrinja a construção do saber à razão absoluta e abstrata seria praticamente indefensável, eis que consistiria em autêntico racionalismo essencialmente dogmático, desconectado com a realidade, e por isso mesmo irrelevante na construção da filosofia.

Quanto ao criticismo (ou criticismo kantiano), foi concebido como uma opção metodológica ao racionalismo e ao empirismo, correntes doutrinárias que há séculos dividiam os estudiosos sobre a maneira pela qual o conhecimento é adquirido. Em seu sentido amplo, o

476 WESSELS, Johannes. *Direito penal: Parte geral. aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 55.

477 MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. cit. p. 285.

478 RUSSEL, Bertrand. *Human Knowledge: It's scope and limits*. Londres: Allen & Unwin, 1948. p. 516.

criticismo propõe necessariamente um estudo metódico antecedente ao ato cognitivo e aos modos de conhecimento. Estatui que o problema do conhecimento deve ser obrigatoriamente erigido a partir da correlação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Tal corrente surgiu como uma síntese entre o empirismo e o racionalismo, de modo que aceita e recusa certas afirmações concebidas no seio das duas correntes anteriores, a partir de uma análise dos pressupostos do conhecimento.

O conhecimento invariavelmente nasce da relação estabelecida entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível. Estes são os elementos essenciais de todo e qualquer conhecimento, o qual só pode existir quando o sujeito manifesta a intenção de conhecer algo, e quando existe algo disponível para ser identificado por meio da experiência. Nesse cenário há duas alternativas: potencializar o sujeito ou potencializar o objeto. Ambas as correntes se manifestam e são construídas em função da maneira pela qual se atribui predomínio ao sujeito, ou ao objeto, no processo cognitivo.

2.2.2 Formas do conhecimento

Examinado o conhecimento quanto à sua origem e quanto à sua essência, examinaremos doravante as formas do conhecimento, a partir dos métodos concebidos para alcançar a verdade, mas conferindo-se ao vocábulo “método” um sentido mais amplo do que o normalmente empregado. Em regra, método é percebido como um processo ordenatório da razão, conducente a resultados determinados e aferíveis. Nesse sentido estrito, método está associado à ideia de agir racional e ordenado, ou disciplinado pelo espírito, progredindo por etapas. Entretanto, numa acepção mais ampla, o método abrange todos os processos ou meios de captação da realidade, seja por meio de processos racionais, seja mediante processos intuitivos. A abordagem do tema não ostenta essência lógica, ou metodológica, mas sim gnosiológica, com o escopo de refletir sobre as eventuais posições cognoscitivas do espírito diante das variadas espécies de objeto, em sua universalidade.

Conforme já observado no título anterior, todo conhecimento decorre de uma relação entre o sujeito cognoscente o objeto cognoscível. Nessa relação, o sujeito se volta para o exterior tencionando assimilar aspectos de algo que tencione conhecer, e assim o fará segundo determinadas formas. É necessário verificar se as vias de acesso à realidade empírica serão igualmente aplicáveis na busca pelos objetos ideais. Em regra, tais vias de acesso são classificadas como processos de cognição imediata e mediata, consoante haja contato direto, ou através de elementos de mediação ou de enlace progressivo. Nesse sentido, Battista

Mondin⁴⁷⁹ salienta que para deduzir conceitos novos de conceitos conhecidos anteriormente, Aristóteles elaborou uma técnica simplicíssima e, em certo sentido, perfeita: o silogismo. Ela consiste em um grupo de três proposições encadeadas de tal forma que as duas primeiras impliquem necessariamente a terceira. O silogismo pode ter várias formas, umas perfeitas, outras imperfeitas; as formas imperfeitas podem ser reduzidas às perfeitas mediante a conversão ou transposição de premissas. Aristóteles fala também de outra forma de raciocínio, qual seja, a indução. Diferentemente do silogismo (que parte de proposições mais universais para chegar a proposições menos universais), a indução parte de casos particulares ou de proposições menos universais para chegar a uma proposição mais universal.

Dispondo sobre o mesmo tema, Marilena Chauí⁴⁸⁰ assinala que o método de raciocínio concebido por Aristóteles foi a inferência, a qual consistia em tirar uma proposição como conclusão de outra ou de várias outras proposições que a antecedem e são sua explicação ou sua causa. Assim, o raciocínio seria uma operação do pensamento realizada por meio de juízos, e enunciada linguística e logicamente pelas proposições encadeadas, formando um silogismo. Acrescenta ainda que raciocínio e silogismo são operações mediatas de conhecimento, pois a inferência significa que só conhecemos alguma coisa (a conclusão) por meio ou pela mediação de outras coisas. Atribui ao silogismo três características: a) é mediato, b) é dedutivo, c) é necessário.

Mediato porque exige um percurso de pensamento e de linguagem para que se possa chegar a uma conclusão; dedutivo por ser um movimento de pensamento e linguagem que parte de certas afirmações verdadeiras para chegar a outras igualmente verdadeiras e que dependem necessariamente nas primeiras; necessário porque é dedutivo, eis que as consequências obtidas, em sede de conclusão final, resultam necessariamente da verdade do ponto de partida.

Contudo, em paralelo aos processos dedutivos, se afigura oportuno examinar o tema do conhecimento intuitivo, frequentemente apontado como método filosófico por excelência, de Platão a Descartes, de Schelling a Husserl. Com efeito, na intuição sensível reside o processo primordial de conhecimento imediato, pois é através dela que se verifica o contato do sujeito cognoscente com alguma coisa, através da percepção da realidade exterior por meio dos cinco sentidos. Inexista qualquer intermediário entre a visão e o que é visto, entre a audição e o som que é ouvido, entre o olfato e o odor sentido, e assim por diante. Kurt Koffka⁴⁸¹ pontua que

479 MONDIN, Battista. Curso de filosofia. Trad. Bênoni Lemos. v. 1. São Paulo: Paulinas, 1981. p. 83.

480 CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002. p. 187.

481 KOFFKA, Kurt. *Principles of Gestalt Psychology*. Milão: Mimesis, 2014. p. 591-592.

nada se interpõe entre uma rosa e os olhos que a enxergam, pois existe uma imediatidade no ato de conhecer, pela iniludível “presença do objeto” no plano da consciência, de maneira que o real é captado em direta objetividade, muito embora as sensações, como tais, não sejam o objeto mesmo da nossa percepção e o reconhecimento do objeto como “rosa” envolva uma multiplicidade de atos.

Destarte, inobstante seja algo particular, pessoal e intransferível a cada um dos sujeitos cognoscentes, a intuição sensível representa o alicerce de qualquer conhecimento empírico, e é através dela que o indivíduo estabelece relação com algo efetivamente existente no mundo real. Isso não implica dizer que a inteligência se restringe a elaborar os dados fornecidos pelas sensações, tal como sustentado pelos adeptos do empirismo radical, segundo os quais o intelecto nada acrescenta àquilo que os sentidos recebem, porque, quanto ao conteúdo, o papel da inteligência se limitaria a conservar, ordenar ou combinar os dados sensíveis, em unidades de síntese de valor objetivo e universal.

Entretanto, em sentido diametralmente oposto, outras correntes de pensamento apontam que o conhecimento não se resolve, tampouco se exaure no material que as sensações capturam, mas que o conhecimento em sua essência é construído por meio do raciocínio indutivo e da “intuição intelectual”. Assim, com maior ou menor relevância no processo cognitivo, a intuição sensível é invariavelmente admitida como via de acesso ao real, como processo revelador de dados indispensável ao conhecimento, ainda que sua validade seja relativa e particular. Eis a razão pela qual Bertrand Russell⁴⁸² adverte que é possível apenas um “saber por descrição”, e não um “saber de natureza imediata e direta”.

Destaque-se que na Filosofia contemporânea tem se observado uma revalorização das formas de conhecimento intuitivo de natureza espiritual (não-sensível), o que nem sempre foi reconhecido pelos positivistas e idealistas pós-kantianos, inobstante as alentadas pesquisas feitas sobre o tema, por Descartes, Espinosa, Fichte, Schelling e Schopenhauer. Em regra, apontam-se três processos intuitivos capazes de superar o plano da experiência imediata dos sentidos quanto a determinado objeto posto: a) a intuição da essência, b) a intuição da existência, c) a intuição do valor.

Naturalmente que tais formas de conhecimentos ostentam ponderáveis antecedentes na história da filosofia. Relembre-se que o indivíduo não se restringe aos seus cinco sentidos, eis que também “sente afetivamente”, vale dizer, o indivíduo reage emocionalmente, com simpatias ou antipatias, com paixão, com ódio, ou com indiferença, mas, para além disso, usa

482 RUSSELL, Bertrand. *Les Problèmes de la Philosophie*. Lausanne: Payot, 1989. p. 46.

da inteligência para atingir diretamente a essência das coisas. O sujeito cognoscente é um ser que tem vontade e age com capacidade de identificar o sentido de sua conduta em seus próprios atos. Se é certo asseverar que o homem é um ser que pensa, mas não apenas isso, pois pensa, sente e age. Daí porque, em sua “Teoria do Conhecimento”, Johannes Hessen⁴⁸³ distingue três modalidades de intuição (racional, emocional e volitiva), todas derivadas das três forças fundamentais do ser espiritual (pensamento, sentimento e vontade), e todas suscetíveis de apreensão imediata de um objeto. Acrescenta ainda que, paralelamente ao ponto de vista do sujeito que conhece, sob o prisma da estrutura do objeto, as formas de intuição seriam derivadas de três elementos (essência, existência e valor), as quais coincidem com a intuição racional, a intuição volitiva e a intuição emocional, respectivamente⁴⁸⁴. Nessa esteira, existiria um conhecimento intuitivo adequado a cada estrutura dos objetos cognoscíveis, mas nenhuma das grandes doutrinas intuicionistas se enquadra rigorosamente em tal concepção, pois é frequente que se confira à intuição racional e à intuição emocional a capacidade de detectar valores e essências. Contudo, há outras intuições que não se restringem a elementos puramente racionais ou volitivos.

De fato, a natureza concreta do conhecimento intuitivo aparentemente evidencia o valor elucidativo que se deve reconhecer na classificação abstrata de Johannes Hessen e García Morente, que estabelece a correspondência sujeito-objeto no plano da cognição intuitiva. Naturalmente nos referimos à intuição de caráter real, e não àquela de caráter formal, que exemplificativamente se observa na visualização de um objeto verde e outro amarelo. Na hipótese tem-se não apenas a intuição sensível dos dois matizes, como igualmente a intuição espiritual de que são duas cores distintas, mas tal intuição de relação de diferença é puramente formal, pois não versa sobre a realidade dos objetos examinados.

As intuições espirituais de caráter real, por seu turno, tencionam perscrutar a essência das coisas, mediante o contato com a íntima realidade essencial e existencial dos objetos. Aliás, mesmo no domínio das ciências exatas, se reconhece o papel da intuição como instrumento de saber, tanto assim que Max Planck, em sua obra “Aonde vai a Ciência?”, assinala a relevância da intuição intelectual, tanto na identificação dos princípios fundamentais, quanto na seara da pesquisa experimental, pois, não raro, o investigador autêntico percebe “com os olhos do espírito”, e através deles consegue erigir de forma

483 HESSEN, Johannes. Trad. António Correia. 7. ed. Coimbra: Antonio Amado Editor, 1980. p. 123-124.

484 GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Madrid: Encuentro Ediciones, 2019. p. 37-38.

intuitiva todo um mundo de hipóteses destinado a ser verificado segundo “medições experimentais”.

Com absoluta propriedade, Einstein salientou no prefácio do livro acima aludido que “o trabalho supremo do físico é o descobrimento das leis elementares mais gerais, a partir das quais pode ser deduzida logicamente a imagem do mundo. Porém, não existe um caminho lógico para o descobrimento dessas leis elementares. Existe unicamente a via da intuição, ajudada por um sentido para a ordem que jaz atrás das aparências, e esta empatia se desenrola pela experiência”⁴⁸⁵.

a) Intuição emocional

Variados pensadores sustentam que determinados âmbitos do ser somente podem ser compreendidos por vias emocionais. Nesse sentido, o filósofo e teólogo francês Blaise Pascal (1623-1662) assinalou que “o coração tem razões que a razão desconhece”. Tal assertiva encontra significativo desenvolvimento, sobretudo no campo axiológico, reputado inalcançável por atos exclusivamente racionais. Beleza, verdade ou justiça somente se tornam compreensíveis através de experiências emocionais, hauridas através de um contato direto de ordem sentimental. Por isso não se discute sobre os limites ou contornos da beleza, tampouco sobre as formas do gosto. Igualmente impossível seria solucionar problemas de estética em termos puramente lógicos, e idêntico óbice se afigura nos universos político e jurídico. Aliás, é necessário admitir que a ciência jurídica, notadamente no plano da doutrina brasileira, ainda se encontra impregnada de “racionalidade abstrata”, como se a experiência jurídica pudesse ser restrita a uma sucessão de silogismos ou de atos imputáveis a uma entidade abstrata, ao “*homo juridicus*”, vale dizer, aquele que se consagra exclusivamente à defesa do Direito⁴⁸⁶.

Operando a partir de dados lógico-formais, a técnica jurídica segue paulatinamente sedimentando a equivocada convicção de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como se estas fossem a cristalização absoluta de

485 PLANCK, Max. *¿Adonde va la Ciencia?* Prefácio de Albert Einstein, Buenos Aires: Losada, 1941. p. 12. Disponível em: [https://aprendizaje.mec.edu.py/dw-recursos/system/content/0c59c97/content/Plank,%20Max%20\(1858-1947\)/Planck,%20Max%20-%20A%20d%C3%B3nde%20va%20la%20ciencia.pdf](https://aprendizaje.mec.edu.py/dw-recursos/system/content/0c59c97/content/Plank,%20Max%20(1858-1947)/Planck,%20Max%20-%20A%20d%C3%B3nde%20va%20la%20ciencia.pdf). Acesso em: 13.01.2023; EINSTEIN, Albert. *Out of My Later Years*. Bexlei: Gramercy Books, 1993. p. 59-60; POINCARÉ, Henri. A ciência e a hipótese. Brasília: Editora da UnB, 1988. p. 137; PIAGET, Jean. *Lógica e conhecimento científico*. Trad. S. Dias. & F. Araújo. Porto: Livraria Civilização, 1980. p. 26; POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenber. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 32.

486 DEL VECCHIO, Giorgio. *L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita*. In: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, A.XVI, 1936, Fasc.II. Ora in: *Studi sul diritto*, v. I. Milano: Giuffrè, 1958. p. 302.

atos de razão. Todavia, antes do julgador existe o homem, enquanto indivíduo, o qual ostenta todas as reservas afetivas, inclinações e tendências do meio social, as quais não podem ser ignoradas ou tangenciadas, numa visão concreta da experiência jurídica, por maior que seja a pretensão de certeza e de objetividade do julgamento.

Com efeito, sentenciar exige aprioristicamente uma atitude de estimativa do julgador diante da prova, razão por que não pode ser concebida como uma conduta exclusivamente racional. Aliás, a relevância dos elementos emocionais na condução e na apreciação dos elementos probatórios se mostra tanto mais evidente no júri popular, tal como concebido no ordenamento brasileiro, e onde prevalece o princípio da íntima convicção dos membros do conselho de sentença. Em verdade, os jurados não formam sua convicção a partir de frias conjecturas racionais. Muito ao contrário, tal convicção é impregnada de conteúdo emotivo, e não é possível enquadrá-la dentro de uma mera sucessão de silogismos.

Contudo, isso não implica dizer que o mundo do Direito possa prescindir de estruturas racionais, sem as quais inexistiria um mínimo de segurança jurídica. Por simetria de motivos, idêntico raciocínio se mostra aplicável à ciência econômica, especialmente diante da eventual tentativa de subordinar a vida econômica a meros cálculos matemáticos, desprezando fatores psicológicos ou políticos.

A filosofia moderna tem evidenciado a relevância da intuição para que se possa aferir a carga axiológica de uma conduta, e assim poder nela identificar os valores do justo, do útil, da liberdade, da igualdade, dentre outros valores que servem de instrumental ao jurista, ao economista, ou ao político. Além de Henri Bergson⁴⁸⁷ e Max Scheler⁴⁸⁸, cujas obras exerceram grande influência no século XX, inclusive na seara da filosofia da religião, o

⁴⁸⁷Henri Bergson (1859-1941), filósofo e diplomata francês laureado com o prêmio Nobel de Literatura de 1927. Conhecido principalmente por “Ensaio sobre os dados imediatos da consciência”, “Matéria e memória”, “A evolução criadora” e “As duas fontes da moral e da religião”, sua obra é de grande atualidade e tem sido estudada em diferentes disciplinas, tais como cinema, literatura, neuropsicologia e bioética. Bergson procurou construir uma “metafísica positiva” e contribuiu para uma filosofia uma ciência baseada na intuição como um método, cujos resultados viriam da experiência e seriam tão rigorosos quanto as ciências baseadas na inteligência, como a matemática. Diversamente de Platão e Descartes, que usavam a geometria como modelo para fazer da metafísica uma ciência, Bergson usou a biologia, a psicologia e a sociologia como fundamentos de seu pensamento filosófico.

⁴⁸⁸Max Ferdinand Scheler (1874-1928), filósofo alemão conhecido por seu trabalho sobre fenomenologia, ética e antropologia filosófica, bem como por sua contribuição à filosofia dos valores. Desenvolveu o método do criador da fenomenologia, Edmund Husserl, e foi reputado por Ortega y Gasset como “o primeiro homem do paraíso filosófico”. Em 1954, Karol Wojtyła, posteriormente entronado papa João Paulo II, defendeu sua tese sobre “Uma avaliação da possibilidade de construir uma ética cristã baseada no sistema de Max Scheler”. Após sua morte em 1928, Martin Heidegger e Ortega y Gasset afirmaram que todos os filósofos do século eram devedores de Scheler e sua força filosófica mais forte da Alemanha moderna, da Europa contemporânea e da filosofia contemporânea.

conhecimento intuitivo mereceu a atenção do carismático Papa João Paulo II, cujo pensamento foi bastante influenciado por Roman Ingarden, filósofo polonês intimamente vinculado ao pensamento de Husserl⁴⁸⁹.

Quanto a Scheler, em sua obra “O Formalismo na Ética e uma Ética Material de Valores”, reviu criticamente a teoria moral kantista, essencialmente formal e racionalista, e assinalou a impossibilidade de uma Ética destituída de conteúdo estimativo⁴⁹⁰. Além disso, dentre os pensadores contemporâneos, Scheler foi um dos que mais destacou a importância do fator emocional como meio de apreensão das essências axiológicas, e mesmo decorridos quase 100 (cem) anos de sua morte, suas reflexões repercutiram vigorosamente não apenas nas searas da filosofia jurídica e da valoração probatória no direito processual, mas ainda no campo das ciências sociais em geral. De fato, em todos os domínios das ciências humanas o intuicionismo axiológico de Scheler e Hartmann produziu influência e resultados valiosos, na Europa e nas Américas, com especial destaque nos estudos atuais sobre interpretação ou hermenêutica, nas obras de Emílio Betti⁴⁹¹ e Hans Gadamer⁴⁹².

b) Intuição eidética

Certo segmento da filosofia, admitindo ou recusando importância à intuição emocional quanto ao mundo dos valores, defendem que o homem pode estabelecer contato direto com as essências ideais a partir de um esforço puramente intelectual. Aduzem que os conceitos universais ou as essências só podem ser inferidos mediante uma comparação de entes particulares, vale dizer, um processo comparativo de abstração racional crescente, entretanto, para os adeptos da fenomenologia, tal como Husserl, existiria um caminho imediato e analítico para compreensão das “essências”, sem inferência indutiva. Aliás, provavelmente em

489 WOJTYLA, Karol. *The Acting Person*. Trad. de Andrzej Potocki. Dordrecht: Reidel Publishing Company, 1979; INGARDEN, Roman. *Time and Modes of Being*. Trad. Helen Michejda. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1964.

490 SCHELER, Max. *Ética*. Trad. Hilario Sanz Rodríguez, Madrid: Caparrós, 2001, p. 177-178.

491 Emilio Betti (1890-1968), filósofo, teólogo e jurista italiano especialmente dedicado ao Direito Romano. Ficou ainda conhecido por suas contribuições à hermenêutica, dado seu interesse por interpretação. Como filósofo do Direito, demonstrou adesão ao interpretativismo. Seu apoio intelectual ao fascismo ocasionou sua prisão por um mês, em 1944, por deliberação do Comitê de Liberação Nacional, mas foi absolvido em agosto de 1945. Integrou a comissão responsável pela redação do Código Civil Italiano de 1942.

492 Hans-Georg Gadamer (1900-2002), filósofo alemão reputado um dos maiores expoentes da hermenêutica. Sua principal obra foi “Verdade e método” (1960), onde concebeu uma filosofia propriamente hermenêutica, que trata da natureza do fenômeno da compreensão. É considerado um dos mais importantes pensadores do século XX, cuja obra impactou em diversas áreas, da Estética ao Direito. Realizou muitos ensaios, palestras e entrevistas sobre ética, arte, poesia, ciência, medicina e amizade, e seu trabalho é referido por pensadores de tais ramos do conhecimento, o que ratifica a relevância prática do pensamento hermenêutico.

decorrência de sua formação matemática, Husserl demonstrou o propósito de criar uma filosofia absoluta em suas conclusões, ainda que não fosse uma ciência exata como a matemática. Talvez por sua intimidade com números e diagramas, tenha percebido tais entes de uma forma intelectual direta, conferindo-lhes “objetividade”⁴⁹³.

Defendem os fenomenólogos que, do mesmo modo que conhecemos um quadro em uma percepção visível, podemos igualmente alcançar “essências” a partir de um exame intelectual, não sensível. Tal método fenomenológico (de “redução das essências”) é chamado “eidético”, por inspiração em Platão, eis que propõe penetrar na “eidos” das coisas. Contrariamente ao método transcendental kantiano, o método fenomenológico sugere uma revalorização do objeto, a partir de uma “consciência intencional”, somente possível com referibilidade ao real. Segundo tal concepção, o conhecimento surge da “intencionalidade da consciência”.

Para Husserl, podemos intuir os fenômenos de forma puramente intelectual, sem que seja necessário, sob o prisma lógico, confrontar ou comparar dois ou mais seres, tal como se verifica no método indutivo. A intuição nos situa diante de um único fenômeno, examinável em sua imediata presencialidade, para atingir sua essência, com o rigor exigido pelo saber filosófico, ou segundo fases “dotadas de evidência apodítica”. Assim, ao aplicar o método fenomenológico, deve o sujeito se despir de todos os preconceitos construídos acerca do mesmo fenômeno, especialmente quanto à sua realidade fora da consciência. Deve o intérprete se posicionar num estado de disponibilidade perante o objeto, para captá-lo de forma neutra, sem refrações oriundas do coeficiente pessoal de preferências, e com vistas a permitir descrevê-lo integral e objetivamente, assinalando suas qualidades e seus elementos, recebendo-o “tal como se oferece originariamente na intuição”. Depois disso, a análise do objeto se opera através de uma sucessão de questões, através das quais o objeto passa a ser fracionado em camadas ou estruturas, de modo que o sujeito cognoscente evolua de uma intuição empírica a uma intuição da essência, com eliminação de fatores fáticos e particulares.

Ao descrever o objeto cognoscível é necessário tangenciar tudo aquilo que ao espírito se afigure como meramente acessório, num processo de busca pelas notas essenciais ou eidéticas relacionadas entre si por fundamentação necessária. Recomenda Husserl que o processo deve ser escalonado por dúvidas metódicas, vale dizer, deve ser metodicamente duvidado de tudo o que não se ofereça como evidente na consciência, na relação intuicional⁴⁹⁴. Por exemplo, se o

493 HUSSERL, Edmund. Investigações Lógicas. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

494 “Fenomenologia quer dizer, por conseguinte, a teoria das vivências em geral, e, encerrados nelas, de todos os dados, não só reais, mas também intencionais, que possam nelas se mostrar com evidência. A fenomenologia

objeto cognoscível for uma cadeira, esta deve ser apreendida em sua essência, passando-se ao largo de sua existência secundária, para atingir uma descrição pura e imediata. Portanto, deve o intérprete considerar a cor, a altura, o formato ou o revestimento da cadeira como elementos acessórios, para perceber que sua essência reside na finalidade para a qual foi concebida, vale dizer, para servir de assento ao indivíduo. Mediante a análise progressiva do objeto será possível atingir determinadas características que não consistem mais em meros adjetivos da cadeira, e nesse momento a informação sobre o objeto não será abstraível (eliminável). Nesse momento ter-se-á alcançado a essência da coisa, por meio da redução eidética.

O método fenomenológico, por seu turno, representa uma atitude crítica do sujeito em relação ao objeto que pretende descrever, mas não se deve confundir a mera descrição empírica, que pressupõe a existência de um fato ou coisa externa ao processo cognoscitivo. Para os adeptos da fenomenologia, a eventual existência autônoma do objeto não é pressuposta pelo sujeito, eis que tudo está situado dentro do próprio processo intuitivo, na correlação sujeito-objeto, e isso impõe a abstração de todo resto, inclusive das noções comuns ou científicas sobre a ordem da natureza. Há ainda uma terceira fase, que consiste na reflexão da consciência intencional sobre si mesma (reflexão fenomenológica), a qual assinala sua orientação idealista, eis que após ter concluído a descrição neutra do objeto, e de ter realizado sua redução eidética, o sujeito deve retornar à subjetividade transcendental, para descobrir o objeto como intencionalidade pura, como “conteúdo intencional da consciência”.

Contudo, Ferrater Mora adverte que a percepção de Husserl sobre intencionalidade da consciência teria produzido um conceito de “subjetividade transcendental” que, longe de se reduzir ao “eu puro”, universal e formal próprio da filosofia kantiana, se reporta a um “eu puro” constituído por temporalidade e historicidade⁴⁹⁵. Caso desconsiderada tal alteração substancial, não é possível compreender integralmente a lição de Husserl sobre o “*a priori material*”, que independe do sujeito cognoscente, porquanto inerente aos objetos cognoscíveis.

Por outro lado, considerando a funcionalidade proposta por Husserl entre a “consciência intencional” e o “*a priori material*”, resta forçoso admitir que a reflexão subjetiva gera

pura é, desse modo, a teoria dos fenômenos puros, dos fenômenos da consciência pura, de um eu puro, não se situando no terreno da natureza física e animal ou psicofísica” (HUSSERL, Edmund. Ob. cit., p. 241). No mesmo sentido: “A fenomenologia é uma filosofia *transcendental* que põe em suspenso, para compreendê-las, as afirmações da atitude natural”. (MERLEAU-PONTY, Maurice. *Phénoménologie de la Perception*, Paris: Les Éditions Gallimard, 1955, p. 1).

495 FERRATER MORA, José. Dicionário de Filosofia. Campinas: Edições Loyola, 2001, p. 114. No mesmo sentido: LARROYO, Francisco. *Valor y Problemática en General*. México: Lagos, 1936. p. 50; PACI, Enzo. *Funzione delle Scienze e Significato dell’Uomo*, Milão: Il Saggiatore, 1965. p. 39-40.

necessariamente: a) uma correlação lógica essencial entre sujeito e objeto, bem como a impossibilidade do “eu transcendental” sem que se refira a objetos ou ao “mundo” em que se situa; b) o reconhecimento da tensão dialética que une sujeito a objeto e vice-versa, como termos distintos, mas complementares. Demais disso, a “consciência intencional” é potencializada por uma miríade de significações objetivas, obtidas no momento da “redução eidética”, pois ao se vergar sobre si mesma, não se reconhece como “eu puro”, vazio e meramente virtual. Muito ao contrário, ela se põe como fim constitutivo da correlação subjetivo-objetiva que foi por si estabelecida (reflexão ontognoseológica), e adquire a percepção de que é o valor fundante da experiência cognoscitiva em seu desenvolvimento histórico, graças à paulatina ampliação do campo das objetividades, na medida em que o processo histórico-cultural gera cada vez mais objetos cognoscíveis.

Destarte, a reflexão fenomenológica culmina em reflexão histórico-axiológica, isto na medida em que o sujeito se vê refletido em suas objetivações espirituais, no plano cultural, artístico, científico ou jurídico, cujo sentido autêntico deve reconduzir às suas fontes originárias, mediante uma operação de procura pelas intencionalidades fundantes, e sem as quais é impossível saber o que elas significam. Assim, nessa ordem de ideias, Reale⁴⁹⁶ admite o método fenomenológico como um processo feliz de descrição e compreensão de um fenômeno, especialmente sendo de natureza cultural, mas o integra na correlação subjetivo-objetiva (ontognoseológica) conatural ao espírito culminante numa “reflexão histórico-axiológica”, visto como o homem acaba se reencontrando nas obras e bens que institui no processo da experiência histórica, ainda que delas possa dissentir aqui e agora.

É oportuno lembrar que também Descartes estatuiu certas regras para sujeitar o conhecimento ao critério da evidência, razão por que se impõe reconhecer a proximidade entre suas concepções e as de Husserl⁴⁹⁷, o qual destacou tal convergência em sua obra “Meditações Cartesianas”, nas quais admite um retorno aos valores de evidência lógica, da intelecção como visão inerente à consciência pura. Destaque-se, contudo, que não se pode converter a “evidência”, nascida da intuição estática, como fundamento exclusivo da certeza, pois esta somente se faz presente através do cotejo entre evidências, que permita detectar eventual harmonia de resultados que foram obtidos a partir de uma variedade de meios de pesquisa dialeticamente integrados num processo histórico-crítico. Com efeito, além de implicar um processo analítico de grande alcance, a fenomenologia ostenta outro mérito, qual

496 REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 160.

497 HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas e conferências de Paris*. Trad. Pedro Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 212-213.

seja o de revalorização do particular, como matéria de cogitação científica. Quanto a isso, Delfim Santos⁴⁹⁸ enfatiza que, segundo Aristóteles, não existe ciência a não ser do geral; entretanto, o método fenomenológico restitui dignidade àquilo que é particular e específico, quando visto em sua essência, como via de revelação do universal.

Finalmente, cumpre lembrar que a concepção fenomenológica de Husserl encontrou, no campo da ética, frutíferas aplicações por meio dos esforços de Scheler e Hartmann, que ao pesquisarem sobre os atos intencionais, evidenciaram o valor da intuição estimativa sedimentada em “um sentir, um preferir, um amar e um odiar”. Entretanto, se é certo que as intuições representam valiosos pontos de partida para uma compreensão total, é igualmente certo que esta somente poderá ser alcançada graças à reflexão histórico-axiológica, isto em razão do conhecimento da realidade cultural como um processo dialético que unifica os interesses ou valores que se implicam e se polarizam na experiência humana.

c) Intuição volitiva

Vários autores contemporâneos defendem a validade da intuição volitiva, dentre os quais Wilhelm Dilthey⁴⁹⁹, para quem só ela nos permite conhecer a “existência” das coisas. Ponderava ele que, de certas realidades só temos conhecimento autêntico pela resistência que elas nos oferecem. Daí porque alcançamos a convicção da realidade do mundo interior a partir da experiência imediata de nossa vontade, a qual se opera na intuição volitiva, a qual não permite somente a compreensão da existência, mas igualmente o conhecimento do mundo histórico. Aduzia mais que a intuição volitiva parece resolver o mistério recalcitrante da origem e da legitimidade de nossa convicção acerca da realidade do mundo exterior. Para a mera representação, o mundo exterior não é mais que fenômeno, enquanto para o nosso ser volitivo, afetivo e representativo, considerado na sua integridade, o mundo exterior se nos dá

498 “O passo de Aristóteles (Metafísica, 1.060-b) parece que em vez de ser traduzido: não há ciência senão do geral deve ser traduzido por não há ciência senão no genérico”. “Seria, de fato, estranho que o filósofo, que pôs em relevo, pela primeira vez na história da filosofia europeia, o sentido categorial do pensamento, tivesse afirmado que só é possível ciência do universal” (SANTOS, Delfim. Conhecimento e Realidade. Porto: Imprensa Portuguesa, 1940. p. 91-92.

499 Wilhelm Christian Ludwig Dilthey (1833-1911), filósofo hermenêutico alemão, lecionou na Universidade de Berim, e era considerado um empirista que contrastava com o idealismo dominante na Alemanha em sua época, mas sua concepção do empirismo e da experiência diferia da concepção britânica de empirismo. Seus principais conceitos procuram fundamentar as ciências humanas, ou “ciências do espírito”, como forma de conhecimento, em oposição às “ciências da natureza”. Em seus trabalhos buscou sedimento nas concepções de Kant, Locke, Comte, Stuart mill, Berkeley e Ridolf Lotze, dentre outros.

ao mesmo tempo que o nosso eu, com igual segurança: apresenta-se-nos como vida e não como simples representação⁵⁰⁰.

Com efeito, também a partir das concepções de Dilthey se constata uma revalorização dos processos intuitivos na filosofia contemporânea, a qual assinala que o homem não é apenas um portador de razão, tampouco um ser que só alcança o conhecimento pela via da razão. De fato, certas coisas somente são conhecidas plenamente por meio de elementos fornecidos pela afetividade, pela vontade ou pela intelecção pura, tal qual assinalado em diversas expressões da filosofia da existência. Nessa esteira, temos por certo que se um autor sustenta que o conhecimento filosófico é realizado tão somente por meio da intuição, chamamos a sua filosofia de intuicionista. Daí porque as concepções de Husserl são intuicionistas-eidéticas, ao passo que as de Bergson são intuicionistas-emocionais.

Naturalmente não se pode conceber que a construção filosófica do conhecimento se limite a métodos puramente intuitivos. Ainda que a intuição seja um poderoso instrumento de especulação filosófica, isoladamente considerada, ela se mostra insuficiente para a compreensão do universo de conhecimento, ao qual a filosofia se propõe alcançar. Assim, se é certo que a intuição constitui via de acesso necessário à seara dos valores, é igualmente certo que ela não consegue solucionar todos aqueles nascidos no plano estimativo. Precisamente por isso, o elemento racional deve necessariamente completar o elemento intuitivo, salvo nos casos de evidências percebidas de forma clara e direta.

Vale observar que existem verdades intuitivamente evidentes, sob os prismas lógico e axiológico, assim como existem evidências teóricas e evidências práticas. Ressalvadas estas últimas, as conexões percebidas nas demais evidências devem ser aferidas racionalmente, inclusive porque, não raro, é a compreensão do todo que propicia a compreensão autêntica dos elementos singulares. Primeiro o sujeito deve conhecer o objeto em essência, sua natureza substantiva, para somente depois conhecer seus aspectos adjetivos. Nesse cenário, é possível afirmar que, tal qual o intelecto ordena e completa o material sensível, imprimindo nele sua marca, a razão ordena e completa igualmente o material oriundo da intuição estimativa ou puramente intelectual.

Tratemos doravante dos métodos de cognição mediata: a) analogia, b) indução, c) dedução. Consiste a analogia em compreender um caso particular semelhante às conclusões extraídas a partir da observação de um caso equivalente. Dito de outro modo, a analogia é o

500 DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1949. p. 7-8. Disponível em: https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Dilthey_IntroduccionCienciasEspiritu.pdf. Acesso em: 13.01.2023.

raciocínio que se desenvolve a partir da semelhança entre casos particulares, pois, através dele não se alcança uma conclusão geral, mas somente outra proposição particular. Além disso, assemelha-se à indução, mas considera somente um caso particular como ponto de partida. Com efeito, o sujeito cognoscente verifica a presença de determinadas características em um fato ou objeto, e o confronta com as características de outro fato ou objeto semelhante, e identifica, em ambos, certo número de características semelhantes. Daí procura adequar ao segundo caso o mesmo raciocínio aplicado ao primeiro, com vistas a encontrar soluções para sua plena compreensão, isto porque a analogia está sedimentada no pressuposto de que a realidade, por variáveis que sejam as suas formas, obedece leis constantes, as quais nos autorizam a representar que o fato ou objeto examinado é regido pelas mesmas circunstâncias já detectadas no fato ou objeto anteriormente conhecido. Assinale-se, contudo, que o método analógico não se restringe a comparar dois fatos ou objetos similares para que se possa aplicar ao segundo as soluções cognitivas aplicadas ao primeiro. Muito ao contrário, quanto maior for o número de amostras anteriores, mais precisa será a solução analógica aplicável, e isso nos conduz à ideia de que é o princípio de probabilidade que confere legitimidade ao método analógico, o qual está sujeito a sucessivas retificações, estas derivadas dos constantes testes, provas e contraprovas que caracterizam o saber científico, que deve ser modulado por perene espírito crítico. Finalmente, tem-se por certo que o método analógico ostenta pontos de contato, e pontos de diferença com o processo intuitivo, na medida em que converge com a intuição por ser conhecimento do particular, mas se afasta dela por sua natureza invariavelmente racional, ao passo que a intuição pode assumir contornos emocionais ou volitivos⁵⁰¹.

Quanto ao método indutivo, para melhor percebê-lo é oportuno recordar algumas noções de lógica sobre a natureza desse processo cognitivo tão caro aos empiristas. Com efeito, na indução o espírito procede da situação particular para a hipótese geral, razão por que se caracteriza como um processo de construção de verdades gerais, e por tal motivo há o entendimento de que a indução é o método mais apropriado à pesquisa científica, eis que revela verdades não sabidas, e propicia ao sujeito passar dos fatos às leis.

Há duas formas de indução: completa ou formal, e amplificadora. A primeira espécie se verifica quando se alcança uma conclusão, após o exame e verificação de todos os elementos de uma série de entes. Exemplificativamente, digamos que o sujeito cognoscente identifica

501 MILL, John Stuart. *Système de Logique Deductive et Inductive: Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*. v. 2. Traduit de la sixième édition anglaise (1865) par Louis Peisse. Québec: Uquebec, 2002 p. 83-84. Disponível em: <https://eweb.uqac.ca/bibliotheque/archives/13868090t1.pdf>. Acesso em: 13.01.2023.

determinada característica em cada um dos batráquios encontrados em determinado lago. Poderá, então, apontar tal característica como espécie de lei que sintetiza os resultados das observações particulares. Portanto, sob certo aspecto, na indução completa há a construção de uma síntese ou fórmula a partir das características já observadas em cada objeto conhecido de forma singular. Tem-se um autêntico processo de clarificação dos dados do real, através de uma síntese expressional, mas nele inexistente propositura de um problema, mas mera repetição genérica da característica detectada em cada caso ou espécie já examinada, razão por que, nas palavras de Edmond Goblot, consiste a indução completa na simples “totalização do saber adquirido”⁵⁰².

Por outro lado, na indução amplificadora, que pode ser empírica ou experimental, o espírito do sujeito cognoscente se eleva a uma conclusão a respeito de toda uma série de objetos, mesmo sem ter conhecido apenas alguns de seus elementos. Exemplificativamente, considere-se que, realizando experimentos químicos, o sujeito percebe que em dadas circunstâncias uma porção de oxigênio sempre atrai moléculas de hidrogênio e produz água, e o mesmo fenômeno se repete ao cabo de variados ensaios. Nesse contexto, o sujeito cognoscente pode conceber uma “lei” a qual ficam subordinadas todas as experiências possíveis, em quantidade imprevisível, ainda que essa “lei” tenha sido posta a partir de um número determinado de experimentações. Eis o motivo pelo qual, nesta espécie, a indução opera uma ampliação dos casos particulares efetivamente examinados, para uma formulação geral. A indução ampliadora, todavia, impõe uma questão: Qual o fundamento pelo qual o observador pode estender a todos os casos a característica que ele alcançou a partir de número limitado de experimentos?

Em resposta, há uma teoria dominante segundo a qual se mostra possível a extensão indutiva, em razão da constância ou regularidade dos fenômenos da natureza. Ora, se as leis são relações resultantes da natureza das coisas, tais relações serão sempre as mesmas, tal qual a natureza das coisas se mostra igualmente invariável. Destarte, seria a identidade da natureza das coisas o fundamento que concederia ao espírito humano ampliar as consequências de uma observação particular ao patamar de uma “lei geral”, de molde que no processo indutivo sempre se insira um elemento hipotético, derivado da presumida ordenação regular dos fatos. Todavia, há uma segunda corrente que desloca a fundamentação do objeto cognoscível para o sujeito, segundo a qual a ampliação indutiva encontra amparo na própria conformação do espírito. Assim, embora somente seja possível conhecer o real na medida de nossas

502 GOBLOT, Edmond. *Traité de Logique*. Paris: Armand Colin, 1952. p. 287-288.

capacidades perceptivas, e nos limites das leis inerentes à nossa subjetividade, a despeito de eventuais mutações biopsíquicas de cada um dos sujeitos, a generalização indutiva seria derivada da identidade universal dos sujeitos cognoscentes.

Sucedem que tal corrente é mitigada por Hume (1711-1776) e Stuart Mill (1806-1873), os quais identificam no processo indutivo uma mera expectativa maquinal decorrente de uma associação constante, vale dizer, “um simples hábito produzido pela repetição constante da mesma experiência”. Aliás, quanto ao ponto, Albert Einstein (1879-1955) defendeu a mesma ideia ao cunhar a célebre frase segundo a qual, “não há maior sinal de loucura do que fazer uma coisa repetidamente e esperar a cada vez um resultado diferente”⁵⁰³. Por outro lado, uma terceira corrente situa a indução ampliadora em termos puramente matemáticos, segundo o qual a validade da lei indutiva encontraria sedimento nas razões estatísticas de probabilidade.

Conclusivamente, na indução amplificadora se opera invariavelmente a conquista de algo novo, relativo a objetos reais e às relações entre tais objetos, e cujo ponto de partida é a experiência de observação dos fatos, que deve estar cercada de rigorosas precauções críticas, próprias do conhecimento indutivo científico, e que não se confundem com as meras generalizações empíricas⁵⁰⁴, eis que na indução experimental a formulação de hipóteses é inerente à essência do processo, além do que envolve igualmente, e de forma simultânea, elementos obtidos por meio de dedução, os quais nela desempenham relevante função, pois, até determinado limite, todo raciocínio deriva de uma sucessão de evidências.

Quanto ao processo dedutivo, este pressupõe obrigatoriamente a existência de dois ou mais juízos, ligados entre si por exigências puramente formais. Trata-se de um processo de análise de informação que nos leva a uma conclusão. Daí, a dedução é utilizada para encontrar o resultado final. Em verdade, o método dedutivo já era utilizado na antiguidade, e Aristóteles contribuiu para sua definição por meio do que ficou conhecido como lógica aristotélica, que, por sua vez, está pautada na doutrina do silogismo. Aliás, a partir de Aristóteles são encontradas condições necessárias para as proposições verdadeiras, para que, por fim, obtenham-se conclusões verdadeiras. Tal método costuma ser usado para testar hipóteses já existentes, chamadas de axiomas, para então provar teorias, denominadas teoremas. Eis o motivo pelo qual a dedução costuma ser referida como método hipotético-dedutivo.

A dedução pode ser imediata ou mediata. Será reputada imediata quando se verificam duas proposições, e a partir do enunciado de uma delas se alcança diretamente o enunciado da

503 Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NTY5MTU1/>. Acesso em: 10.01.2023.

504 LAER, Henry Van; KOREN, Henry J. *Philosophy of Science. Part One, Science In General: Duquesne Studies Philosophical Series*. Whitefish: Literary Licensing, 2011; HEGENBERG, Leônidas. *Introdução à Filosofia da Ciência*. São Paulo: Herder, 1965.

proposição seguinte, por força de uma relação de pura lógica. Noutro giro, a dedução será mediata quando exigir um percurso de pensamento e de linguagem para que se possa chegar a uma conclusão. Assim, para realizar uma dedução mediata se recorre a um silogismo. Nele, o indivíduo parte de uma premissa maior, de caráter generalista, denominada axioma. A partir dela se constroem hipóteses, que têm em conta o contexto abrangido pelo axioma, e que são denominadas como teoremas. Adiante, se realiza a redução do alcance da premissa geral para se alcançar a conclusão. Exemplificativamente: a) todo ser humano é mortal (axioma), b) Sócrates é um ser humano (teorema); c) portanto, Sócrates é mortal (conclusão).

Vale ponderar que diversos pensadores modernos lançam críticas ao silogismo, dentre eles Stuart Mill, o qual apregoava que por meio dele nada se faz além de repetir em particular o que era conhecido como universal, ou ainda, que a posição da premissa maior já pressuporia a verdade da conclusão, reduzindo-se, desse modo, a dedução à indução⁵⁰⁵. De fato, através do silogismo o sujeito passa de uma verdade à sua consequência, ou do geral para o particular. Se tal raciocínio é correto e adequado silogismo, não se aplica, entretanto, ao processo dedutivo. De fato, no silogismo se confrontam uma premissa maior e uma premissa menor, e delas se alcança uma conclusão própria do caso particular. Contudo, para alguns o silogismo realmente pressupõe aquilo que já reside na conclusão, razão por que envolve um círculo vicioso, na medida em que, sem o prévio conhecimento da conclusão, não seria possível elaborar a premissa maior. Sucede que tal crítica importa em certa confusão entre elementos lógico-formais e elementos de ordem empírica e também de natureza ôntica, pois a verdade da conclusão pressupõe a verdade de ambas as premissas. Quanto ao ponto, John Dewey⁵⁰⁶ pondera que só será cientificamente válido se suas premissas tiverem um caráter hipotético.

Contudo, há silogismos irregulares, que são versões abreviadas ou ampliadas dos silogismos regulares, subdivididos em quatro categorias: a) entima, b) epiquerema, c) polissilogismo, d) sorites. Na primeira categoria o silogismo é incompleto, porque há uma premissa subentendida. Na segunda espécie o silogismo é estendido, quando as premissas são acompanhadas de provas. Na terceira modalidade há dois ou mais silogismos, onde a

505 MILL, John Stuart. Ob. cit., p. 204-205.

506 John Dewey (1859-1952), filósofo e pedagogo norte-americano, foi um dos principais representantes da corrente pragmatista, inicialmente desenvolvida por Charles Sanders Pierce, Josiah Royce e William James. Sua filosofia é inicialmente marcada pelo instrumentalismo, e por meio dele externa sua intenção de romper com a filosofia clássica, a qual seria aparentemente ligada à classe dominante. Para tanto, concebeu a chamada “teoria da investigação”, uma ideia baseada na concepção de que a mudança do ambiente ocasiona problemas de adaptação, os quais devem ser resolvidos por meio de uma investigação onde várias hipóteses são examinadas. Daí porque as teorias filosóficas tradicionais são vistas como meios de fornecer hipóteses a serem testadas. Além disso, Dewey participou da constituição do chamado Liberalismo Social, segundo o qual o indivíduo não é um ser isolado, pois integra uma sociedade.

conclusão das primeiras premissas seja a preposição do próximo silogismo. E na última espécie há uma argumentação composta por quatro preposições encadeadas até se chegar à conclusão. Além disso, há o falso silogismo, conhecido como sofisma, o qual se verifica quando a premissa menor é invertida, gerando uma falsa verdade. Por exemplo: Todo homem é mortal. Eu sou mortal. Logo eu sou homem. Com efeito, apesar da aparência lógica, a falsa verdade reside na circunstância de a mortalidade não me conferir a qualidade de indivíduo humano, eis que todo o ser vivo é mortal. Portanto, ser mortal não significa necessariamente ser homem. Daí porque se mostra tão fácil defender preconceitos e sustentar teses como homofobia, discriminação racial, pobreza, a partir de construções falaciosas.

É indubitável que o silogismo constitui valioso instrumento de clarificação das ideias, e de ampliação de verdades já conhecidas a planos aparentemente insuspeitos. Aliás, muitas verdades apontadas pela ciência moderna foram deduzidas de conhecimento sobre outras ordens de realidade, atribuindo-se à dedução a tarefa de retificar conclusões indutivas equivocadas. Entretanto, o silogismo não realiza apenas uma descoberta de verdades novas, que já não estejam implícitas em suas premissas. Importa o silogismo em autêntica forma de raciocínio dedutivo, que conduz dos princípios às consequências, por meio de exigências fixadas pelas leis formais do próprio pensamento e por seus princípios constitutivos. E essa dedução poderá ser amplificadora, tal como se observa na esfera da geometria, onde o alcance da teoria dos ângulos, permitiu o avanço à teorização dos triângulos, e destes aos polígonos, de molde a propiciar uma crescente de verdades adquiridas através de um processo que implica o constante manejo do princípio de evidência, segundo o qual se passa de uma verdade conhecida a uma verdade ainda desconhecida, através de um “salto” criador de natureza intuitiva.

Nessa linha de pensamento, a dedução matemática, representa uma amplificação daquilo que já é conhecido, através de recursos puramente mentais, podendo tal conversão não ser do geral para o particular, e nesse pormenor reside a diferença essencial entre a indução e a dedução. Com efeito, a indução é um raciocínio que tem como base necessária a experiência, sem a qual não se atingiriam resultados válidos, ao passo que a dedução é um processo de pensamento que se desenrola segundo leis inerentes ao pensamento mesmo, a partir de pressupostos, ou evidentes por si, ou ainda obtidos por meio da indução.

Conclusivamente, é necessário ajustar o conceito tradicional de dedução para adequar nossas noções à dedução científico-matemática, a qual se mostra amplificadora porque potencializa os horizontes do conhecimento. Daí porque se mostra defensável argumentar que

a ciência moderna tem cunho hipotético-dedutivo, na medida em que recorre a uma frutífera combinação do método experimental ao método matemático.

A propósito da correlação essencial entre método e objeto, esta veio a encerrar uma longa disputa travada em certos meios filosóficos quanto à primazia deste ou daquele outro processo de pesquisa no domínio das ciências sociais. Entretanto, a polêmica não pode ser resolvida em abstrato, eis que cada região ôntica exige processos metodológicos próprios e distintos. Com efeito, cada método deve se adaptar ao respectivo objeto, de modo que muitos erros derivam da pretensão de se transportar, para as ciências culturais, métodos de investigação próprios das ciências exatas. Consoante já destacado linhas atrás, certos pensadores distinguem os processos intuitivos segundo as suas possibilidades de captação de um tipo ou outro de objetos. E o mesmo se pode afirmar acerca da indução e da dedução, assim consideradas como processos cognitivos de objetos reais e de suas relações, e de objetos ideais, respectivamente. Assim, é necessário perceber que não apenas dedução e indução se reclamam reciprocamente, como ainda buscam amparo em vertentes da intuição. Quanto ao ponto, André Lalande pondera que “cada um dos momentos que compõem um raciocínio é, com efeito, um todo indivisível, enquanto é a apreensão de uma relação, isto é, um juízo; mas como esses momentos formam uma série, o conjunto permanece discursivo”⁵⁰⁷.

Destarte, se é correto afirmar que todo raciocínio é suscetível de ser visto como uma “série contínua de intuições”⁵⁰⁸, é igualmente certo que o processo de seriação racional não se resume à soma dos elementos intuitivos que o integram, pois o raciocínio não deriva da mera ordenação de intuições, elaborada por livre opção do sujeito cognoscente, mas sobretudo do modo de ser do objeto estudado. Portanto, os processos discursivos não representam simples conexões ou justaposições de resultados intuitivos. Ao contrário, ostentam um intrínseco valor de “totalização” que a simplória soma das intuições não se mostra capaz de oferecer.

O que existe de característico na indução e na dedução, e que não se restringe aos elementos intuitivos particulares que permitem uma decomposição de raciocínio, é a integração unitária das intuições e dos juízos, de molde a permitir um acréscimo de conteúdo graças à síntese decorrente da correlação concreta entre sujeito e objeto. Daí porque essa interdependência de vias cognitivas, explicável sob o prisma da natureza universal no sujeito cognoscente, é precisamente o que conduz o investigador não apenas a evitar parcelamentos metodológicos excessivamente rígidos, como ainda buscar a melhor adequação do método escolhido ao objeto que se almeja conhecer. Eis a razão pela qual se observa maior utilização

507 LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. Paris: PUF, 2010. p. 679.

508 HUSSERL, Edmund. Ob. cit., p. 53.

do método dedutivo em diversos domínios do saber, por atender às exigências fundamentais e universais do próprio pensamento na consequencialidade inerente a seus processos. Em sentido oposto, no método indutivo sempre existe uma realidade pressuposta que norteia uma conclusão probabilística.

Finalmente, em primorosa síntese, Francisco Romero e Eugênio Pulciarelli⁵⁰⁹ assinalam que: a) o raciocínio dedutivo pode referir-se a qualquer classe de objetos; b) o raciocínio indutivo só se refere a objetos reais, e a certas relações entre objetos reais; c) todo raciocínio dedutivo sobre objetos ideais se apoia, direta ou indiretamente, em um juízo sobre objetos ideais, cuja verdade se apreende em um ato de intuição; d) todo raciocínio indutivo parte de certas comprovações da experiência; e) todo raciocínio dedutivo sobre objetos reais pressupõe um saber anterior indutivo que proporciona a base necessária à dedução. Destarte, a adequação do método ao respectivo objeto de estudo não exclui a complementação dos processos cognitivos, sobretudo no plano das ciências culturais.

Em paralelo aos métodos indutivo e dedutivo, adequados a diversos ramos do conhecimento, um segmento filosófico majoritário apregoa alguns outros métodos de inferência mediata mais adequados à especulação filosófica, e com naturais reflexos no plano das ciências positivas. Enquanto Bergson e Husserl enaltecem o manejo de processos intuitivos no campo da filosofia, outros ponderam sobre a necessidade de raciocínios ou processos discursivos válidos, nomeadamente no plano da pesquisa puramente filosófica. Por isso, é possível afirmar que, sob certo aspecto, cada sistema filosófico se afeiçoa a um método próprio, e isso nos conduziria ao exame de múltiplas doutrinas, para identificar os métodos por elas assinalados historicamente, mas isso implicaria dispersão do alvo precípua desta tese. Portanto, serão sucintamente assinalados outros métodos científicos de maior relevo: a) método crítico-transcendental, b) método dialético, c) método histórico-axiológico.

O método crítico-transcendental consiste na apreciação dos objetos a partir de pressupostos gnoseológicos inerentes ao sujeito, assim entendido em seu valor universal. Nesse pormenor, Kant apregoa que o conhecimento implica sempre uma posição do sujeito, condicionante e constitutiva do objeto, e na medida em que tais condições já integram o sujeito cognoscente, estabelecem as balizas da experiência cognitiva de forma transcendental. Portanto, a expressão “crítico-transcendental” contempla ambas as circunstâncias: a) indagação dos pressupostos do conhecimento, b) subordinação do conhecimento do real a algo já inserido no sujeito cognoscente, como condição lógica da experiência.

509 ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugênio. *Lógica*. Buenos Aires: Espasa-Calde, 1944. p. 88.

O método dialético, por seu turno, busca o conhecimento por meio da arte do diálogo, sendo desenvolvido a partir de ideias e conceitos distintos e que tendem a convergir para um conhecimento seguro. A partir do diálogo, distintos modos de pensamento são evocados e surgem as contradições. Na visão de Hegel, ante a identidade entre o real e o racional, a dialética nos oferece a um só tempo a marcha do pensamento e a da realidade, segundo suas próprias leis, em um desenvolvimento sempre alinhado à própria natureza ontológica do objeto cognoscível. Destarte, ante a identidade fundamental entre o real e o racional, o curso do pensamento já conteria o conteúdo da experiência, confundindo-se com ela. Além disso, Hegel compreende que o pensamento se desenvolve em três fases (tese, antítese e síntese), isto porque todo finito desafia seu próprio oposto e a superação desse confronto somente é explicada através da síntese dialética. Com efeito, sempre que o espírito concebe um “sim”, deve necessariamente representar a possibilidade do “não”, e tal confronto não apenas assinala o dinamismo do espírito, como igualmente representa a força intrínseca de seu processo. Do embate entre os opostos surge a síntese que, a seu turno, faz emergir uma nova negação possível, de modo que o espírito se desenrola através de um processo trifásico, rotulado por Hegel como “a alma motriz do progresso científico”⁵¹⁰.

Caso a dialética hegeliana seja interpretada com prioridade do real sobre o racional, teremos a dialética marxista, que busca compreender a realidade do mundo a partir das grandes transformações da história e das sociedades humanas. Além disso, apregoam os marxistas que o processo dialético é o único apto a penetrar na totalidade congruente do real, entretanto, resta inafastável a contradição de tal assertiva quando sustentam que a consciência é um produto accidental da realidade.

Marx almejava explicar a história, como uma sucessão de contradições, por meio do método dialético, e para tanto confrontava as formas técnicas de produção econômica e o conflito de interesses dela derivado. Frise-se, entretanto, que a despeito da pretendida identidade dialética entre “ser” e “dever ser”, tanto em Hegel quanto Marx acentuam um destes dois termos em prejuízo do outro. Na doutrina hegeliana prevalece o “dever ser”, eis que é o ideal que guia a história, mas para Karl Marx a prevalência pertence ao “ser”, representado pelas exigências econômicas vitais na experiência histórica, o material sobre o espiritual. Em todo caso, tanto na concepção hegeliana, quanto na concepção marxista, a dialética não se limita ao plano filosófico, e alcança também os domínios científicos. Demais disso, adverte Piaget que, por meio da “dialética da complementaridade”, a epistemologia

510 HEGEL, George Frieddrich. *Enciclopedia delle Scienze Filosofiche in Compendio*. Trad. Benedetto Croce. Roma: Editori Laterza, 2008, § 81.

atual vem conferindo maior destaque dialético na esfera do saber positivado das ciências naturais e das ciências sociais, ainda que desatrelada de posições marxistas ou hegelianas⁵¹¹.

Finalmente, o método histórico-axiológico é àquele segundo o qual o conhecimento filosófico é sempre uma busca de pressupostos, não apenas de natureza lógica, mas também de natureza ôntica e axiológica, tudo sob o prisma da experiência histórica. Com efeito, tal método resulta da superação do intuicionismo eidético de Husserl, e contrariamente do que se verifica nas concepções hegelianas, por ser baseado na polaridade de valores, o método histórico-axiológico não importa em dialética dos opostos, mas numa dialética de complementaridade, consoante a qual tese e antítese não se mesclam na síntese, mas se relacionam e se atraem reciprocamente numa síntese aberta que propicia a continuidade do processo. Quando aplicado nas questões próprias do mundo cultural, tal método se afigura dialético, resultante da natureza própria do espírito, que opera construindo valores positivos e negativos, gerando permanente tensão perene entre o particular e o universal, entre o concreto e o abstrato, entre o estático e o dinâmico. Daí resulta seu caráter de polaridade, típico dos fatos culturais, que reivindicam um processo de natureza idêntica para clarificação do seu significado, estendendo-se a dialética do plano transcendental ao plano empírico das ciências humanas, ainda que por razões e estruturas distintas.

2.3 Incidência do erro e da ignorância

Segundo Aristóteles, há uma ignorância de negação, distinta de uma ignorância de disposição, pois, enquanto a primeira consiste em ignorância propriamente dita, ou completa ausência de conhecimento; a segunda corresponde ao julgamento errôneo de algum objeto, de molde a percebê-lo de modo diverso da realidade. De tais construções teóricas nasceram os conceitos de ignorância (ausência de conhecimento) e erro (conhecimento equivocado). Todavia, enquanto as ciências psicológicas passaram a desenvolver a tese separatista, no campo das ciências jurídicas se consolidou a tese unitarista, conforme a qual os conceitos de ignorância e erro se equiparam. Apesar disso, o que se observa em alguns ordenamentos jurídicos é a utilização de ambos os vocábulos, indicando a mesma diferença sutil ora apontada: a) ignorância indicando ausência absoluta de conhecimento a respeito de determinada matéria; b) erro indicando um falso conhecimento acerca de determinado objeto.

511 PIAGET, Jean. *Lógica e conhecimento científico*. Trad. S. Dias. & F. Araújo. Porto: Livraria Civilização, 1980. p. 28; REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 163.

Dito de outra forma, na ignorância inexistente conhecimento, e no erro há conhecimento falso. Destarte, no estado de ignorância de direito, o agente desconhece a existência de uma norma de proibição implicitamente existente no tipo penal, ao passo que no erro de direito, o que se verifica é uma equivocada interpretação da norma proibitiva, a qual é conhecida em sua existência, mas mal percebida quanto aos seus limites. Além disso, o erro de direito poderá ser evitável ou inevitável, e ambos se encontram assinalados no art. 21, *caput*, do CPB. O primeiro pode ser eliminado por meio da prudência e discernimento do homem médio, ao passo que o segundo é aquele “não imputável ao próprio agente e que não deriva de sua falta de atenção ou cuidado”. Por consequência, o erro de direito inevitável exclui a culpabilidade, entretanto, o erro de direito evitável somente atenua a reprovabilidade da conduta, de modo a ensejar a aplicação de uma pena menor.

É oportuno destacar que a doutrina penal contemporânea já não mais alude a ‘erro de direito’ e ‘erro de fato’, preferindo empregar os rótulos de ‘erro de proibição’ e “erro de tipo”. Aliás, em conferência sobre o Anteprojeto do CPB de 1969, Munhoz Netto⁵¹² ponderou que os conceitos modernos não correspondem de forma efetiva ao “erro de fato” e ao “erro de direito”, isto porque “recaindo sobre as circunstâncias que pertencem à figura delituosa, o erro de tipo tanto pode se originar de uma falsa representação de seus elementos materiais, quanto de uma errônea valoração do sujeito acerca de um elemento normativo, como seria o caso do erro a respeito da natureza criminosa do fato imputado, no crime de calúnia. Quem subtrai de outrem uma coisa que erroneamente supõe sua, encontra-se em erro de tipo; não sabe que subtrai uma coisa alheia; porém, quem acredita ter o direito de subtrair a coisa alheia (ex.: o credor diante do devedor insolvente) encontra-se em erro sobre a antijuridicidade. É inegável que a precisão técnica desses conceitos de erro de tipo e de erro de proibição é muito superior à das noções de erro de fato e erro de direito”.

Por consequência, e segundo tal linha de raciocínio, inexistente equivalência efetiva entre ‘erro de fato’ e ‘erro de tipo’, tampouco entre ‘erro de direito’ e ‘erro de proibição’. Demais disso, consoante as concepções de Maurach⁵¹³, “erro de tipo é o desconhecimento de circunstâncias do fato pertencentes ao tipo legal, com independência de que os elementos sejam descritivos ou normativos, jurídicos ou fáticos. Erro de proibição é todo erro sobre a

512 MUNHOZ NETTO, Alcides. Causas de exclusão da culpabilidade: ciclo de conferências sobre o anteprojeto de código penal brasileiro de 1969. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965. p. 272-273; MUNHOZ NETTO, Alcides Munhoz Netto. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 6 e ss.

513 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. v. 2. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, p. 142.

antijuridicidade de uma ação conhecida como típica pelo autor”. Portanto, se o agente detém a posse de cocaína, pensando trata-se de talco, incide em erro de tipo (CPB, art. 20); mas se detém a posse da mesma droga imaginando que tê-la em depósito é conduta permitida estará incidindo em erro de proibição (CPB, art. 21).

Em outro giro, a doutrina ainda refere a possibilidade de erro em relação aos delitos putativos, de molde a ensejar três categorias: a) delito putativo por erro de proibição; b) delito putativo por erro de tipo; c) delito putativo por obra de agente provocador. Ocorre a primeira modalidade quando o sujeito pretende praticar um delito, mas executa uma conduta penalmente atípica, isto porque supõe erroneamente a existência de uma circunstância elementar do tipo (a mulher que ingere fármaco abortivo supondo equivocadamente estar grávida). Na segunda hipótese (delito putativo por erro de tipo), o agente efetivamente tenciona cometer o delito, mas não consegue cometê-lo diante do erro. Na terceira situação (delito putativo por obra de agente provocador), de forma insidiosa, o agente é induzido por terceiro à prática de um crime, mas simultaneamente toma providências para que o crime não se consuma. Trata-se de situação típica de flagrante provocado.

Segundo parcela predominante da doutrina brasileira, assiste razão a Jescheck e Weigend ao sustentarem que a ignorância da lei não constitui modalidade de erro de proibição direto. Com efeito, Jescheck preconiza que o direito vigente trouxe consigo uma clareza essencial para o conteúdo da consciência da antijuridicidade, pois se faz menção ao injusto como objeto do conhecimento da proibição. Pondera ele que o legislador deixou aberta a questão relativa à precisão da consciência da antijuridicidade, ainda que o objeto da consciência do injusto não seja o conhecimento do preceito jurídico vulnerado nem a punibilidade do fato, sendo suficiente que o agente perceba que seu comportamento viola as exigências da ordem comunitária e, por isso mesmo, representa conduta juridicamente proibida. Por fim, arremata que é precisamente esta consciência que torna vencível o pretense erro de proibição, eis que, nesse caso, o autor terá oportunidade para refletir sobre a valoração jurídica de sua ação, e assim alcançar a percepção de que se trata de um proceder injusto⁵¹⁴.

As concepções de Jescheck e Weigend indicam ser preciso que o autor saiba que seu comportamento vulnera as exigências da ordem comunitária, e precisamente em função disso se trata de uma conduta juridicamente proibida. Para além disso, o conhecimento da antijuridicidade material significa que o autor crê estar infringindo uma norma penal, civil ou administrativa. E quanto ao agir do criminoso, por convicção, se revela inteiramente

514 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Comares, 2002. p. 487- 488.

indiferente que esteja ele convencido da utilidade social de sua conduta, sendo suficiente a compreensão de que afronta uma norma jurídica formalmente válida.

Relativamente ao instituto do erro de proibição direto, Jescheck e Weigend assinalam que isso pode decorrer do fato da norma de proibição não ser conhecida pelo autor, ou ainda que conhecida, ser por ele reputada inválida, ou mesmo ser erroneamente interpretada como inaplicável àquele caso concreto. Neste aspecto, Cirino dos Santos adverte que alguns autores invocam a opinião de Jescheck para demonstrar que a ignorância de lei não constitui modalidade de erro de proibição direto, mas o fazem com evidente equívoco interpretativo porque o erro de proibição pode derivar do desconhecimento da norma, ou da ignorância acerca de sua validade ou de sua aplicabilidade, e que, por isso mesmo, estaria equivocada a conclusão de que o desconhecimento da lei sempre seria inescusável⁵¹⁵.

2.3.1 Erro sobre os elementos do tipo

Erro sobre os elementos do tipo é aquele que recai sobre circunstância elementar da descrição típica. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento constitutivo do crime. O erro de tipo essencial sempre exclui o dolo, permitindo, quando for o caso, a punição pelo crime culposos, uma vez que a culpabilidade permanece intacta. O erro de tipo inevitável exclui a tipicidade, não por falta do tipo objetivo, mas por carência do tipo subjetivo. Relembre-se que para a configuração do crime a teoria finalista exige tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, entretanto, propõe que aspecto subjetivo resida na tipicidade, sob a forma de dolo ou culpa na ação, enquanto a culpabilidade persistiria eminentemente normativa, integrada pela potencial consciência da antijuridicidade, pela inexigibilidade de conduta diversa, e pela imputabilidade.

Tencionando esclarecer a posição dogmática da consciência da antijuridicidade na teoria do delito, a doutrina desenvolveu as teorias da culpabilidade em confronto às teorias do dolo, as quais restaram superadas por força da reforma penal alemã de 1975. Consoante a teoria extremada da culpabilidade, a consciência da antijuridicidade integrava o dolo, que inexistiria, se inexistente fosse a consciência da antijuridicidade no comportamento do sujeito. Segundo tal concepção, o dolo residiria na culpabilidade, assim como a consciência da antijuridicidade estaria inserida dentro do dolo. Tinha-se, assim, um dolo normativo, eis que composto por: a) vontade, b) previsão, c) conhecimento atual de que uma conduta é proibida. Portanto, se

⁵¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. p. 324.

houvesse erro (de tipo ou de proibição) o dolo estaria excluído, assim como a culpabilidade restaria exaurida, de vez que o erro teria eliminado tanto o elemento normativo (consciência da antijuridicidade), quanto o elemento intelectual do dolo (previsão). Quanto ao tema, assinala Cláudio Brandão⁵¹⁶ que, pelo erro de tipo, haverá a exclusão da vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto, o elemento psíquico do dolo. O erro de proibição, por seu turno, excluirá a consciência de antijuridicidade. Destarte, caso adotada tal teoria nos crimes de branqueamento de capitais, qualquer erro quanto à conduta em quaisquer de suas três fases teria por consequência eliminar a culpabilidade, ainda que existisse a configuração do injusto pela integridade dos demais elementos restantes.

Noutra perspectiva, a teoria limitada da culpabilidade também reputava a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo, mas assinalava que a consciência da antijuridicidade era apenas potencial. Tal construção derivou do pensamento de Mezger⁵¹⁷ sobre o criminoso habitual, o qual despreza o ordenamento jurídico, bem como os valores da sociedade, e precisamente por isso atua em “cegueira jurídica”, ou mesmo em “hostilidade ao Direito”, ainda que potencialmente perceba a natureza ilícita de seu comportamento. Naturalmente não seria legítimo arguir em sua defesa o sentimento de descaso nutrido pelas regras sociais. Segundo tal expoente da escola neokantiana, o agir hostil ao Direito, com “culpabilidade pela conduta da vida”, se equipara à ação dolosa, quanto aos efeitos jurídicos e a pena. Daí se infere que sua concepção estabelecia uma autêntica presunção de dolo, a partir do descaso perante os valores sociais. Contudo, foram as concepções de Mezger que propiciaram a evolução da teoria do delito, especialmente quanto à potencial consciência acerca da ilicitude dos fatos, como elemento da culpabilidade. É que nas situações de hostilidade ou desprezo deliberado ao Direito, se verifica a substituição da consciência atual pela consciência potencial. E especificamente nos domínios do crime de branqueamento de ativos ilícitos, em tese, aquele que se comporta em desprezo ao ordenamento disporia da potencial consciência da antijuridicidade verificada nas fases de realização do delito.

No finalismo se percebe o dolo em seu aspecto puramente psicológico (dolo natural), que passa a integrar a tipicidade, ao passo que a consciência da antijuridicidade se mantém na esfera da culpabilidade, enquanto elemento normativo. Daí porque a inexistência de consciência da antijuridicidade exclui a culpabilidade, mas não o dolo, o qual se cristaliza através do querer objetivo do tipo. Portanto, a consciência da antijuridicidade é potencial,

516 BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 132-133.

517 MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958. p. 247.

enquanto o dolo tem que ser atual. Se o erro contaminar a previsão (elemento intelectual do dolo), haverá erro de tipo, mas a culpabilidade persistirá íntegra, e dela nascerá um crime culposos, desde que o erro seja evitável, e que o ordenamento admita o tipo na modalidade culposa. Todavia, inexistente branqueamento culposos, quer no Brasil, quer em Portugal. Por outro lado, caso o erro incida sobre a consciência potencial de antijuricidade, estaremos diante do erro de proibição, e se este for inevitável excluirá a culpabilidade, mas se for evitável importará tão somente em atenuação da pena, sem qualquer alteração na essência dolosa da infração penal.

Conclusivamente, a teoria limitada da culpabilidade: a) exclui a presença do dolo na hipótese de erro acerca da ocorrência de causas de justificação (erro de tipo permissivo); b) exclui a culpabilidade, desde que haja erro quanto aos limites da causa de justificação (erro de proibição). Haverá erro de tipo se houver erro quanto à ocorrência de discriminante (e com isso exclusão de dolo), e existirá erro de proibição, se o erro for inerente aos limites da causa de justificação (e com isso haverá exclusão de culpabilidade). Noutro giro, a teoria extremada da culpabilidade sempre excluirá a consciência da antijuricidade, caso o agente atue em erro de proibição, ou em erro quanto à existência da discriminante, ou em erro quanto aos limites da discriminante.

Assim, ante o teor do art. 20, §1º do CPB, e do item 19 da Exposição de Motivos do CPB, tem-se que o ordenamento brasileiro adota a teoria limitada da culpabilidade. Entretanto, as duas construções teóricas estatuem os mesmos três elementos da culpabilidade: a) potencial consciência da antijuricidade, b) imputabilidade, c) exigibilidade de conduta diversa, ainda que contendam relativamente ao elemento excluído, em caso de erro de discriminantes putativas, ou erro sobre circunstância fática de uma causa de justificação, ou erro derivado dos limites das causas de justificação. Destarte, a teoria limitada da culpabilidade se aplica igualmente aos crimes de branqueamento.

Para densificar a hipótese, imagine-se que alguém recebe, de seu próprio irmão, dinheiro oriundo do tráfico de estupefacientes, mas desconhece tal origem ilícita. E a pedido desse mesmo irmão oculta o numerário, mas depois resolve depositá-lo em contas bancárias, isto após ser convencido que precisava auxiliar o irmão a se livrar do pagamento de uma dívida lícita. Em tal hipótese, o agente terá agido com erro de tipo, pois se equivocou quanto aos fatos. Por consequência, restará afastada a tipicidade de sua conduta, pois, para responder pelo crime de branqueamento precisaria, não apenas conhecer as circunstâncias de fato que circundam o delito, como ainda precisaria ter ciência da origem ilícita do numerário que recebeu de seu próprio irmão. Existindo erro nestes âmbitos de conhecimento devido, deve

ser aplicada a teoria limitada da culpabilidade para identificar os elementos a serem trabalhados na teoria do delito, segundo a concepção finalista, e por essa via identificar a ocorrência do erro de tipo ou do erro de proibição.

Nas lições de Welzel⁵¹⁸, os elementos do dever jurídico, ainda que integrantes do tipo penal, são elementos de ilicitude, razão por que qualquer erro incidente sobre os mesmos deve ser admitido como erro de proibição. Assim, caso ocorra erro ou desconhecimento sobre o crime subjacente que originou as vantagens financeiras de origem ilícita não há como sustentar a ocorrência de um crime por ausência de dolo. Entretanto, para Roxin, o erro sobre circunstância elementar do tipo nem sempre indicará um erro de tipo, ou um erro de proibição, como uma “receita de bolo”, devendo observar “as circunstâncias determinantes do injusto e a antijuridicidade da ação”⁵¹⁹. No plano da doutrina brasileira, Bittencourt⁵²⁰ pondera que “se o erro recair sobre elementar típica, sendo o objeto do erro decorrente da consciência da antijuridicidade, será erro de proibição. É o caso do agente conhecer o fato antecedente, mas acreditar que é lícito, ocorrendo o erro de subsunção, pois o erro recai sobre elemento típico, que é a ‘infração penal’. Haverá o erro de proibição também se não recair equívoco na consciência do agente sobre elementar típica”. Já Pierpaolo Bottini⁵²¹ sustenta que se o erro for evitável, não haverá crime, pois não há o delito de branqueamento de capitais na vertente culposa. Finalmente, Callegari sustenta que o agente deve ter a consciência plena de que o capital e os bens que insere no âmbito do mercado econômico-financeiro decorre originariamente de uma infração penal antecedente⁵²².

Conclusivamente, e após cotejar as judiciosas opiniões acima aludidas, entendemos que terá inexistido erro (de tipo ou de proibição) na conduta do sujeito que oculta o dinheiro que lhe foi repassado pelo irmão, ainda que desconheça que tal numerário teve por fonte o tráfico ilícito de entorpecentes. Com efeito, se o propósito era o de auxiliar o irmão a se livrar do pagamento de uma dívida lícita, pelo menos em tese, o agente terá colaborado para o cometimento do delito de fraude contra credores, tipificado no art. 168 da Lei nº 11.101/2005, ou fraude à execução (CPB, art. 179), a depender das circunstâncias fáticas do caso. A adesão do sujeito ao ardil de seu irmão gera a incidência do art. 29 do CPB, segundo o qual “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua

518 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica do Chile, 1970. p. 234.

519 ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma. 1979. p. 217.

520 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 514.

521 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 140.

522 CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 164.

culpabilidade”. Por outro lado, caso o crime subjacente seja a fraude contra credores (punido com pena de reclusão de três a seis anos, e multa), no momento em que o agente oculta o dinheiro recebido de seu irmão, e o insere em contas bancárias para dissimular sua propriedade, não estará praticando lavagem de dinheiro, pois desconhece que o numerário foi obtido por meio do tráfico de entorpecentes, e por igual não lhe poderá ser imputado o delito de favorecimento pessoal (CPB, art. 348), pois sua ação não ocorreu após a consumação do delito subjacente. Quanto a isso, Nucci⁵²³ assinala que “para configurar-se o crime de favorecimento é indispensável que o auxílio seja prestado após o primeiro delito ter-se consumado, isto é, depois que alguém praticou o injusto, buscando esconder-se, fornece-se a ele o abrigo necessário. Se o sujeito oferece abrigo ou qualquer tipo de ajuda antes do cometimento do crime, trata-se de participação”. Além disso, mesmo que a ação tivesse ocorrido antes da consumação do crime de fraude, estaria o agente isento de pena por ser irmão do fraudador (CPB, art. 348, §2º). Finalmente, não se poderá sustentar a ocorrência do delito de favorecimento real (CPB, art. 349) por ter existido coautoria no delito subjacente.

2.3.2 Erro sobre as proibições legais

Não basta o conhecimento da violação aos valores sociais ou morais, sendo também exigível do autor o desconhecimento do injusto e o desconhecimento da lei, ainda que não se possa olvidar que a *máxima ignorantia legis neminem excusat*, consagrada ainda no *Codex Legum Visigothorum*, tenha operado enorme influência dos ordenamentos jurídicos dos Estados latinos⁵²⁴. Entretanto, o desconhecimento da lei e do injusto somente tiveram lugar na história quando do positivismo legalista. Com efeito, a irrelevância do desconhecimento da lei penal foi historicamente identificada, de forma prevalente, com a irrelevância do erro de direito penal, entretanto, a irrelevância do erro de direito se encontra superada desde meados do século XX, de modo que a ignorância da lei tem sido suscitada por questões processuais, questões de segurança jurídica e questões de validade da lei. Os principais argumentos invocados em prol da inescusabilidade do desconhecimento da lei são os seguintes: a) ficção legal do dever de todos conhecerem a lei; b) tendo o Estado a obrigação de tutelar juridicamente todos os cidadãos, em contrapartida, estes teriam a obrigação cívica de conhecer a lei; c) necessidade política da inescusabilidade, eis que, sendo possível evocar-se o

523 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.105.

524 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 53.

desconhecimento da lei como escusa legítima, isto impediria o bom funcionamento da justiça, posto que ponderável parcela dos delinquentes alegaria o desconhecimento da lei.

Destarte, na busca pela fundamentação desta premissa muito se perde quanto à sua rigidez, sobretudo porque os três argumentos basilares acima indicados tomam por base meras presunções e ficções. Aliás, acerca da obrigação de conhecer a lei e a tutela estatal *erga omnes* é possível ponderar que qualquer obrigação só tem fundamento para subsistir na medida em que seja exigível, entretanto, exigir de todos os membros da comunidade um conhecimento da lei, ainda que somente das leis penais, seria impossível até para os mais proeminentes juristas. Além disso, se há uma obrigação de conhecer a lei, não deveria então faltar uma especial sanção para sua inobservância. E relativamente ao bom funcionamento da justiça, cabe pontuar que a ideia parte de uma presunção absoluta de conhecimento da lei penal, a qual envolve uma contradição com os mais elementares requisitos dentro dos quais se admite a legitimidade de presunções probatórias⁵²⁵. Por tudo isso, merece alguma crítica a posição adotada pela doutrina brasileira dominante, em prol da inescusabilidade do desconhecimento da lei.

É imperativo invocar novamente as pertinentes reflexões de Cirino dos Santos quando aduz que o equívoco da literatura penal brasileira sobre erro de proibição direto, na modalidade de ignorância da lei, nasce justamente da referida oposição dos conceitos de desconhecimento do injusto e de desconhecimento da lei, entretanto, ainda que sejam conceitos diversos, não se excluem entre si, porque o desconhecimento da lei pode efetivamente fundamentar a ausência de consciência do injusto⁵²⁶. Aliás, é sempre oportuno relembrar que nos Estados modernos e pluralistas, Direito e Moral não coincidem, razão por que, ainda que exista plena percepção das regras morais, isso jamais implicará conhecimento integral das normas jurídicas, sobretudo nos casos em que a proibição legal não guarda relação próxima com os valores histórico-ético-sociais da comunidade. Em tais casos, por maior que seja o esforço de consciência do indivíduo, ao desconhecer os termos da lei penal, lhe será impossível concluir que sua conduta se choca com o ordenamento jurídico.

O tema assume dimensões ainda maiores ante a evidente expansão do direito penal, aludida por Silva Sánchez, na última década do século XX, e que vem sendo alimentada pela chamada sociedade de risco. Com efeito, o fenômeno expansionista verificado na seara penal não se limita a tutelar os bens jurídicos individuais mais relevantes, cuja proibição de violação

525 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 55 e ss.

526 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit., p. 322.

normalmente é conhecida pelos membros da sociedade. Na verdade, no século XXI as leis penais têm tutelado muito mais o risco do que o dano. Demais disso, o pluralismo legislativo, aliado ao acentuado caráter técnico de algumas leis, notadamente aquelas que versam sobre o direito penal econômico, têm suscitado severos problemas de interpretação e aplicação das normas. Por tudo isso, resta forçoso afirmar com segurança que, na contemporaneidade, é absolutamente impossível o pleno conhecimento da integralidade das leis penais.

Daí decorre não ser possível utilizar critérios relativos ao conteúdo da consciência do injusto para afirmar a irrelevância do desconhecimento da lei nas situações em que a consciência do injusto depende do conhecimento da lei, como faz parte significativa da doutrina brasileira. De fato, não é possível confundir a falta de representação do preceito jurídico e o desconhecimento da contrariedade da conduta à ordem jurídica, eis que possuir o conhecimento do tipo penal é absolutamente diverso de possuir consciência da contrariedade ao ordenamento jurídico ou da punibilidade da conduta. Contudo, ainda que se tratem de conceitos diversos, isso não implica dizer que o desconhecimento da lei se mostra incapaz de configurar a ausência do conhecimento do injusto, tanto assim que a teoria intermediária e a teoria da consciência da punibilidade da conduta compartilham o entendimento de que o objeto do conhecimento do injusto deve ser a consciência de violação do ordenamento jurídico, distinguindo-se apenas pela exigibilidade ou não do conhecimento da punibilidade.

Em todo caso, impende reconhecer que a teoria dominante não se mostra incompatível com a primeira parte do *caput* do art. 21 do CPB⁵²⁷, o qual estabelece a inescusabilidade do desconhecimento da lei. Ademais, em se tratando de um preceito insuscetível de interpretação extensiva, não se deve entender que a ignorância do injusto carece de eficácia escusante. Por isso mesmo, não se pode deduzir que o desconhecimento da norma seja inescusável, ainda que se admita que o desconhecimento do tipo penal o seja, tanto assim que o aludido dispositivo legal assinala que o desconhecimento do injusto, se inevitável, é suficiente para isentar o agente de suportar uma pena.

Releva, contudo, perceber que o princípio de que o desconhecimento da lei é inescusável, tal como alerta Figueiredo Dias⁵²⁸, não decide, não ajuda a decidir, nem ao menos constitui critério normativo da decisão, pois ele diz respeito unicamente ao fundamento de validade da lei, à sua obrigatoriedade abstrata. Assim, por maior relevância e

527 Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único: considera-se evitável se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

528 DIAS, Jorge de Figueiredo. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 52.

extensão que se atribua à inconsciência do injusto, em nada ficará afetada a intangibilidade dos efeitos objetivos da lei. Entretanto, essa intangibilidade não poderá afetar a possível relevância e a extensão de uma concreta falta de consciência do injusto. Por isso mesmo, ainda que se possa afirmar que a inconsciência do injusto decorreu da ignorância de uma lei penal, é aquela falta que, no seu conteúdo intrínseco, suscita um problema de culpa cuja resolução não põe em causa o fundamento de validade da lei que não se conhecia. Por tudo isso, resulta manifesta a invalidade do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal para dizer em que casos e quando se levanta o problema da falta de consciência do injusto. Aliás, não se pode admitir que o desconhecimento da lei constitua um postulado extrínseco que delimite e sirva de critério ao desconhecimento do injusto, o qual representa o principal elemento da culpabilidade. E por derivação lógica, resulta inadmissível que se continue a tolerar condenações penais em casos nos quais o autor não tinha conhecimento do injusto e, portanto, agiu apenas culposamente.

A propósito do erro de proibição no direito penal clássico e no direito penal econômico, vale invocar as lições de Bajo Fernández, segundo o qual é remota a probabilidade de que um erro de proibição se verifique nos delitos tradicionais, tais como homicídio, falsidade, roubo ou estupro, isto porque a consciência do injusto surge de regras éticas que regulam o comportamento ordinário do sujeito⁵²⁹. Por isso mesmo, argumenta Cirino dos Santos que as situações de ignorância da lei determinantes de inevitável ignorância do injusto não podem ser obscurecidas com situações próprias do direito penal comum, caracterizadas pela coincidência entre tipos legais e direitos humanos fundamentais. Pondera ele que o artifício generalizado na literatura penal doméstica, de utilizar situações de necessário conhecimento do injusto para encobrir situações em que o conhecimento do injusto depende de conhecimento da lei penal criou um buraco negro no princípio da culpabilidade do direito penal brasileiro, no qual estão desaparecendo todos os casos de condenação criminal em situação de ignorância da lei determinante de inevitável desconhecimento do injusto⁵³⁰.

É forçoso reconhecer que, no âmbito do direito penal econômico, a tutela dos bens jurídicos é feita, em regra, através de normas penais em branco ou normas com especial tendência a conter elementos normativos. Para exemplificar, podemos apontar os crimes de licitação e o crime de descaminho, incidente sobre atividades de importação, nos quais é necessário conhecer não apenas o tipo penal, como ainda diversas outras leis e normas

529 BAJO FERNANDEZ, Miguel. *El error de prohibicion en el derecho penal econômico*. In: *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. 5. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002. p. 5494.

530 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit. p. 326.

administrativas, a fim de que se possa deter efetiva noção do que é permitido e do que é vedado, sob pena de sanção penal. Em verdade, a consciência do injusto no plano do direito penal econômico exige, na maior parte das vezes, que o infrator conheça a lei com exatidão, entretanto, os tribunais brasileiros têm repetido o mantra de que o desconhecimento da lei é sempre inescusável, e seguramente tem sido influenciado nesse equívoco pela doutrina brasileira dominante.

Destaque-se que a mesma interpretação draconiana tem se verificado na Espanha, onde também se costuma adotar o entendimento de que o erro de proibição nos delitos econômicos seria normalmente vencível, ocorrendo apenas uma redução da pena. Entretanto, em muitos casos, sobretudo no âmbito do direito penal econômico, o conhecimento do injusto pode depender do preciso conhecimento da lei, e por isso mesmo resulta inaceitável a irrestrita e cega adoção do princípio da inescusabilidade do desconhecimento da lei. E a situação se torna ainda mais grave porque as Cortes espanholas têm considerado como vencíveis praticamente todos os casos de erro de proibição no direito penal econômico.

Acerca do tema, Bajo Fernandez tem proclamado que no direito penal econômico o conhecimento do injusto depende exclusivamente do conhecimento da norma, e por isso mesmo a extensão da punição a todas as hipóteses de erro vencível de proibição implica clara violação do princípio da intervenção mínima estatal, além de revelar um abuso do *ius puniendi* por parte do legislador, e ainda um verdadeiro retrocesso histórico. Argumenta ele que proteger interesses que não estão respaldados pela consciência moral geral, inclusive nas hipóteses em que o autor comete o fato com erro vencível de proibição, potencializa injustificadamente a repressão criminal, com gravosas consequências no direito penal econômico, que podem resvalar para o direito penal político, como um instrumento de eliminação do inimigo político⁵³¹.

Especificamente acerca do crime de branqueamento, é necessária a análise quanto à consciência de antijuridicidade em cada uma de suas três fases (*placement, layering e integration*), isto para verificar a ocorrência da lesão a bem jurídico, notadamente porque a consciência da antijuridicidade constitui elemento da culpabilidade, sem o qual não há como aferir a reprovabilidade da conduta do agente. Aliás, é precisamente a consciência da antijuridicidade que evidencia a percepção do agente sobre o desvalor da conduta que tenciona pôr em prática, independentemente desta ser ou não contrária à lei.

531 FERNANDEZ, Miguel Bajo. Ob. cit. p. 5495.

Nesse sentido, Wessels⁵³² pontua que o objeto da consciência do indivíduo está na compreensão do agente em relação à conduta juridicamente proibida e não quanto ao conhecimento da norma penal ou da punibilidade. Na mesma esteira se posiciona Mezger⁵³³, ao sustentar a consciência da antijuridicidade como valoração paralela na esfera do profano, dando sentido material ao elemento normativo, mas como elemento do dolo. Destarte, é precisamente essa essência material que distancia a consciência da antijuridicidade do conhecimento da lei, em sentido estrito, e a aproxima da valoração exigível do agente, sobre o que seja um comportamento ilícito em seu ambiente cultural e social. Com efeito, a consciência da antijuridicidade reside na mente do indivíduo, e é por meio dela que se torna possível aferir e reprovar um comportamento típico e antijurídico. *Mutatis mutandi*, a inocorrência desta consciência da antijuridicidade na mente do sujeito o conduzirá a um agir em erro de proibição, com naturais reflexos sobre a responsabilidade penal.

Embora seja certo que a culpabilidade consista em juízo de censura do agente acerca do injusto penal, na teoria finalista esta consciência da antijuridicidade passou a ser potencial, e não mais atual. Portanto, é suficiente que o sujeito disponha de condições para avaliar a antijuridicidade do comportamento que pretende concretizar. Não se pode, todavia, presumir que agente dispunha dessa consciência potencial. Ao contrário, a percepção do agente sobre a ilicitude de seu comportamento em quais das fases do branqueamento, ou sobre o resultado de sua conduta, há de ser comprovada, ainda que em estado potencial. Por igual, há de ser comprovada a lesão ao bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento, seja ele a administração da Justiça ou a ordem econômica.

Ao tomar parte nas fases de ocultação, mascaramento ou integração, é necessário que o agente perceba um significado ilícito em seu comportamento, bem como no resultado deste comportamento. É necessário que o indivíduo compreenda os sinais de que sua conduta é proscribida pelo ordenamento jurídico, que disponha de tirocínio suficiente para detectar os rastros de que seu comportamento é proibido, e que identifique igualmente o desvalor do seu agir em quaisquer dos três momentos da formação do crime de branqueamento de ativos, tudo de molde a configurar o sentido da ilicitude no agir (comissivo ou omissivo).

Naturalmente, a detecção dessa consciência potencial não pode buscar lastro tão somente na palavra do sujeito ativo, eis que a mais rudimentar forma de defesa de qualquer acusado é negar o cometimento do delito, mas a segunda forma mais elementar de defesa consiste em alegar que não sabia estar cometendo uma infração penal. Com efeito, o agente

532 WESSELS, Johannes. *Direito Penal*: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 90.

533 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 122.

destituído de consciência de ilicitude age às claras, não procura esconder as evidências de seu comportamento, não dissimula suas ações, não fraciona depósitos bancários que poderiam (e deveriam) ser realizados numa única operação, não realiza transferências aleatórias para contas diversas, sem que exista uma justificativa contratual para cada uma destas operações, não mescla recursos limpos com recursos espúrios. Aliás, ainda que permaneça hígido o postulado de que a boa-fé se presume, e a má-fé se prova, não se pode olvidar igualmente que a má-fé pode ser desmascarada quando o agente não consegue ofertar uma motivação legítima para cada um de seus comportamentos suspeitos.

Todos os que vivem em sociedade devem pôr em prática o princípio da confiança, razão por que devem adotar um código transparente de comunicação, pois é através deste código que todos podem divisar aquilo que é correto, ético ou ilícito. Ainda que o agente desconheça os limites exatos do tipo penal, sua consciência o alerta sobre comportamentos potencialmente escusos. Por exemplo, não precisa ser um jurista para detectar a ilicitude na proposta de um desconhecido que oferta dinheiro em troca de que o indivíduo transporte uma mala de conteúdo desconhecido de um país a outro. Não é necessário deter conhecimentos de jurisconsulto para identificar ilicitude de um terceiro que lhe pede para fazer saques repetidos em dinheiro vivo e depois entregar-lhe o dinheiro, em troca de um certo percentual das cifras, a título de compensação. As mais elementares indagações deveriam ser: a) Por que o proponente não vai ele próprio sacar o dinheiro? b) Por que o proponente exige que o conteúdo da mala permaneça ignorado? c) Por que fazer repetidos saques ou depósitos fracionados, se o numerário a ser sacado ou depositado já se encontra integralmente disponível?

Por tudo isso, se de um lado é correto que o sujeito ativo a quem se imputa o crime de branqueamento deve ter noção da reprovabilidade de sua conduta ao realizar quaisquer das fases do delito, é igualmente certo que não podem ser admitidas simplórias negativas de consciência de ilicitude, tampouco justificativas primárias ou toscas para a assunção voluntária de comportamentos de risco, mesmo porque a remuneração que é paga ao agente branqueador se destina precisamente a recompensá-lo pelos riscos, vale dizer, pelo risco de ser descoberto em sua conduta criminoso, pelo risco de ser alvo de uma investigação criminal, pelo risco de responder a um processo criminal, pelo risco de ser condenado, pelo risco de suportar uma pena de privação de liberdade. E quando a recompensa é diminuta frente aos riscos, somente os tolos aceitam a inidônea proposta sem considerar potencialmente que está sendo demandado a cometer um ato penalmente ilícito em troca de uma paga.

Cláudio Brandão⁵³⁴ pondera que “os conceitos penais de bem jurídico e relevância do dano são compreendidos através da comunicação. O consenso do grupo sobre esses conceitos penais faz com que eles sejam aceitos como verdadeiros, pois o consenso é um dos critérios de verdade.” Considerando que uma das funções do direito penal no Estado Democrático de Direito é proteger os mais importantes valores da sociedade, deve ser levado em conta a análise da consciência da antijuridicidade no âmbito do crime de branqueamento de ativos ilícitos, bem assim a consideração da lesão de bem jurídico, pois a consciência da antijuridicidade deve estar presente no delito, assim como o bem jurídico lesado, matéria do tipo enquanto objeto de proteção. Entretanto, cumpre refletir igualmente que se, de um lado, o conhecimento dos limites exatos da lei penal é inexigível do agente, e tampouco pode ser confundido com a consciência potencial da antijuridicidade do comportamento, o que dizer da consciência sobre o bem jurídico eventualmente vulnerado? Compreender e identificar o bem jurídico constitui tarefa para juristas, não para pessoas comuns do povo, ainda que tais pessoas sejam detentoras de conhecimentos especiais. Aliás, não raras vezes os próprios juristas divergem quanto à identificação de um bem jurídico (tal como ocorre no delito de branqueamento). Por isso mesmo, não seria razoável dizer que um contador que realizou operações de branqueamento agiu em erro (de tipo ou de proibição) apenas por desconhecer o bem jurídico tutelado pela incriminação de tal conduta.

2.3.3 Erro sobre as causas de justificação

No plano da doutrina brasileira, o erro quanto à presença das causas de justificação recebe a etiqueta de “descriminantes putativas”. Ocorrem, pois, quando o agente é levado a erro pelas circunstâncias do caso concreto, e imagina estar agindo ao amparo do Direito, por força de uma causa excludente da ilicitude. Dispõe o art. 23, *caput*, do CPB prevê que não há crime quando o agente praticou o fato: a) em estado de necessidade, b) em legítima defesa, c) em estrito cumprimento de dever legal, d) no exercício regular de direito. É possível que a partir de um erro plenamente justificado pelas circunstâncias fáticas, o indivíduo compreenda estar amparado por uma dessas quatro excludentes de ilicitude, e caso isto se verifique, deverão incidir ao caso as disposições do art. 20, §1º, 1ª parte do CPB, segundo o qual “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Cumpre ainda observar que, embora não tenha

534 BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

atribuído conceitos legais ao “estrito cumprimento de dever legal”, ou ao “exercício regular de direito”, o legislador penal brasileiro cuidou em fixar limites jurídicos objetivos para o “estado de necessidade” (CPB, art. 24), e para a “legítima defesa” (CPB, art. 25).

No âmbito do ordenamento português, também há quatro excludentes de ilicitude, mas, ainda que majoritariamente coincidam com as do ordenamento brasileiro, há uma aparente divergência porque, em lugar do “estado de necessidade”, assinalam o “consentimento do titular do interesse jurídico violado” (vítima). Todavia, tal divergência é muito mais aparente do que efetiva, conforme se observará logo adiante. Com efeito, assinala o art. 31º do CP português que “1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade. 2 - Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: a) Em legítima defesa; b) No exercício de um direito; c) No cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade; ou d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”. E quanto à delimitação de conceitos de suas excludentes de ilicitude, o ordenamento português se mostra um tanto mais detalhado, eis que cuidou em especificar: a) a legítima defesa (CP, art. 32º) e seu excesso (art. 33º), b) o direito de necessidade (CP, art. 34º), c) o estado de necessidade desculpante (CP, art. 35º), d) o conflito de deveres (CP, art. 36º), e) a obediência indevida desculpante (CP, art. 37º), f) o consentimento efetivo (CP, art. 38º) e o consentimento presumido (CP, art. 39º).

Finalmente, por simetria de razões é possível afirmar que as discriminantes putativas do direito penal português corresponderão ao erro sobre as circunstâncias do fato, tal como previsto no art. 16º, nº 1, do CP, combinado com qualquer uma das causas excludentes de ilicitude previstas no mesmo diploma. Contudo, é oportuno observar que as discriminantes putativas geram uma significativa diferença de efeitos, se cotejados os ordenamentos brasileiro e português, pois enquanto neste, o agente que age em erro porque supõe estar acobertado por uma excludente de ilicitude terá seu dolo excluído (CP, art. 16, nº 1), naquele, o agente será isento de pena (CP, art. 20, §1º). Quanto ao ponto, cumpre observar que dolo é um dos elementos subjetivos da culpabilidade, corresponde ao instituto da culpa, no direito penal português. Por outro lado, a culpa é pressuposto da pena, tanto assim que nas palavras de Figueiredo Dias⁵³⁵, “uma pena que ultrapasse a culpa é ilegal e injusta. E a determinação da pena em concreto é a determinação pelo Juiz da pena necessária e justa”.

É oportuno destacar que nem todo erro provoca a incidência da discriminante putativa, mas apenas aquele que se revelar plenamente justificado (erro invencível). Para melhor

535 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal Português: Parte Geral. As consequências jurídicas do crime. 21. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 222.

compreensão vale a invocação do clássico exemplo do homicida que supunha estar sofrendo uma agressão injusta e atual (ou iminente), e por isso vem a tirar a vida do presumível oponente. Caso existisse efetivamente a imaginária agressão, o comportamento do homicida seria legítimo, mas uma vez constatada a ausência dessa agressão, resta afastado o estado de legítima defesa real, que teria por efeito excluir a ilicitude. Destarte, a conduta do agente terá sido ilícita, mas considerando que ele agiu em erro de tipo essencial (invencível), inexistirá dolo ou culpa.

A grande questão reside no adjetivo “essencial” ou seu sinônimo “invencível”. Somente por meio de criteriosa valoração judicial de prova consistente sobre as circunstâncias fáticas do confronto será possível assinalar se o alegado erro foi realmente invencível, ou vencível. Na primeira hipótese o efeito será isenção de pena (no Brasil), ou ausência de culpabilidade (em Portugal). Na segunda hipótese, em lugar de um homicídio doloso o julgador estará diante de um homicídio culposo (no Brasil), mas em Portugal a natureza da infração persistirá dolosa, ainda que a pena possa ser especialmente atenuada. Entretanto, não se pode afastar por completo a possibilidade de que as provas colhidas na instrução revelem que sequer erro tenha existido, e nesse caso existirá um homicídio doloso (no Brasil ou em Portugal).

Apenas a título ilustrativo, invoquemos alguns exemplos referidos por Damásio de Jesus⁵³⁶, como situações de discriminantes putativas: “a) Durante sessão cinematográfica alguém grita “fogo”, dando a entender que o edifício se encontra em chamas, o que não acontece na realidade. No atropelo, A, supondo encontrar-se em estado de necessidade, vem a ferir B, a fim de salvar-se. O agente não responde por lesão corporal, uma vez que agiu em estado de necessidade putativo (que exclui a tipicidade a título de dolo ou culpa); b) A ameaça B de morte, prometendo matá-lo no primeiro encontro. Certo dia, encontram-se. A põe a mão na altura da cintura, supondo B que ele vai empunhar o revólver para matá-lo. Rapidamente, B saca sua arma e mata A. Verifica-se que A não se encontrava armado, tendo apenas feito menção de procurar um lenço no bolso. B não responde por crime de homicídio. Agiu em legítima defesa putativa, que exclui dolo e culpa; c) Durante a guerra, a sentinela, percebendo a aproximação de um vulto, supõe que se trata de um inimigo, vindo a matar seu companheiro que, tendo fugido da prisão inimiga, estava voltando ao acampamento. O sujeito não responde por homicídio, uma vez que agiu em estrito cumprimento de dever legal putativo, que exclui dolo e culpa⁵³⁷; d) Um particular surpreende alguém em flagrante delito, saindo no encalço do

536 JESUS, Damásio Evangelista de. Ob. cit., p. 411-412.

537 Relativamente à distinção entre “cumprimento de dever legal putativo” e “cumprimento putativo de dever legal”: No primeiro caso, *“la norma que reglaría la conducta del sujeto activo frente a una situación dada no*

criminoso. Ao virar uma esquina, encontrando-se com um sósia do perseguido, prende-o e o leva à delegacia, verificando-se o erro. Não responde por sequestro, já que agiu no exercício regular de direito putativo”⁵³⁸.

Vale observar que numa hipótese de legítima defesa putativa, o erro pode incidir sobre a situação fática (agressão atual ou iminente), mas também pode incidir sobre o elemento normativo do tipo (injustiça da agressão). Assim, por força da teoria limitada da culpabilidade, se o erro versar sobre os pressupostos fáticos da excludente, ocorrerá um erro de tipo (CPB, art. 20; CP português, art. 16º), e se o erro for invencível o agente estará isento de pena, mas se o erro for vencível, deverá ser sancionado por um delito culposo. Entretanto, se o erro operar sobre o elemento normativo (injustiça da agressão), terá existido erro de proibição (CPB, art. 21; CP português, art. 17º). Caso o erro de proibição seja inevitável, no Brasil estará o agente isento de pena, mas se o erro for evitável persistirá o crime doloso, ainda que a pena seja atenuada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). Já em Portugal, a eventual ocorrência de um erro de proibição inevitável ocasionará exclusão da culpabilidade (CP, art. 17º, nº 1), mas sendo evitável, o delito mantém sua natureza dolosa e a pena poderá ser especialmente atenuada (CP, art. 17º, nº 2).

Transpondo o tema das descriminantes putativas para os domínios do crime de branqueamento de capitais, é forçoso reconhecer como remota a possibilidade de que o arguido invoque uma situação de “legítima defesa” ou um “estado de necessidade”, todavia, não se pode afirmar o mesmo em relação ao estrito cumprimento do dever legal, ou do exercício regular do direito. Com efeito, não raro, profissionais que integram setores não-financeiros sensíveis, tais como advogados e contadores, ao serem perquiridos ou investigados pela realização de operações suspeitas, alegam ter agido em exercício regular de direito, e para tanto invocam seus códigos deontológicos.

Além disso, é igualmente comum a alegativa de que a operação suspeita foi praticada no estrito cumprimento do dever legal, e também nesses casos o escudo legal mais frequente são os códigos profissionais deontológicos. Entretanto, advogados e contadores (dentre outros profissionais de setores sensíveis) podem pertencer ao quadro funcional de empresas, e nesse

existe”; no segundo, “el deber está normativamente impuesto y los que resultan imaginarios, o mejor dicho, erróneos son los presupuestos fácticos previos a la exigibilidad del deber” (TOZZINI, Carlos A. Dolo, error y eximentes putativas. Buenos Aires: Depalma, 1964. p. 77).

⁵³⁸ Relativamente à distinção entre “exercício de um direito putativo” e “exercício putativo de um direito”: “Dentro de la primera hipótesis entrarían aquellos casos en los que el agente cree en la existencia de una norma legal que lo ampara y que, en verdad, nunca fué legislada o, al menos, nunca tuvo la extensión que él le otorga conductualmente.” “En el segundo supuesto, el derecho realmente existe y el sujeto lo conoce en su correcta medida, mas lo que no se da en el campo geográfico es la situación de hecho que permite el ejercicio del derecho” (TOZZINI, Carlos A. Dolo, error y eximentes putativas. Buenos Aires: Depalma, 1964. p. 79).

caso será possível não somente a invocação de que agiram no estrito cumprimento do dever legal, mas ainda que teriam agido em situação de obediência hierárquica, ou de coação moral irresistível (CPB, art. 22). Estas duas últimas são causas de exclusão da culpabilidade, e também exigem alguma reflexão.

Nesse cenário, haverá coação moral irresistível putativa se o profissional pratica uma conduta penalmente típica supondo se encontrar sob coação moral irresistível. Caso configurada a alegada coação moral irresistível o agente será isento de pena, ainda que parcela da doutrina argumente haver exclusão da culpabilidade⁵³⁹. De igual forma, se o agente sustentar que teria agido em obediência hierárquica e seu erro for reputado idôneo, está isento de pena. Daí porque o cotejo entre o conteúdo da lei penal brasileira e a posição encampada por segmentos da doutrina brasileira nos remete novamente à teoria do crime, especialmente às concepções bipartida⁵⁴⁰, tripartida⁵⁴¹ e quadripartida⁵⁴².

Segundo a concepção bipartida, crime é um fato típico e ilícito, sendo irrelevantes culpabilidade e punibilidade. Para tanto argumentam seus adeptos que: a) ao tratar do fato típico o ordenamento preconiza que não há crime sem lei anterior que o defina (CPB, art. 1º) e, quando trata da ilicitude pontuam que não há crime quando há excludente de ilicitude (CPB, art. 23), entretanto, ao tratar da culpabilidade o mesmo diploma não assinala a inocorrência de crime, mas sim que o crime não é punível, e por isso se entende que a punibilidade não é requisito do crime; b) ao tipificar o delito de receptação, como a aquisição de coisa que sabe ser produto de crime (CPB, art. 180), o ordenamento brasileiro não afastou a possibilidade de se caracterizar como receptação a conduta de adquirir coisa que sabe ser produto de ato infracional cometido por menor (roubo, por exemplo).

Consoante a concepção tripartida, crime é um fato típico, ilícito e culpável. Destarte, segundo tal concepção, inexistindo culpabilidade, não há crime, e por consequência, a culpabilidade seria um elemento do crime. Aduzem os simpatizantes desta corrente que a lei penal brasileira adota a concepção tripartida porque: a) não se pode considerar crime um fato meramente típico e ilícito, mas que não seja censurável (culpável); b) se inexistente

539 JESUS, Damásio Evangelista. Ob. cit., p. 413.

540 Adeptos da concepção bipartida: Damásio de Jesus, Fernando Capez, Celso Delmanto, Renê Ariel Dotti, Julio Fabbrini Mirabete, Flavio Augusto Monteiro de Barros, José Frederico Marques, Renato Nalini Fabbrini, Maggiore, Cleber Masson, dentre outros.

541 Adeptos da concepção tripartida: Cezar Bitencourt, Edgard Magalhães Noronha, Francisco de Assis Toledo, Heleno Fragoso, Aníbal Bruno, Frederico Marques, Nelson Hungria, Juarez Tavares, Guilherme Nucci, Paulo José da Costa Júnior, Luís Régis Prado, Rogério Greco, Fernando Galvão, Hans Welzel, João Mestieri, David Teixeira de Azevedo, dentre outros.

542 Adeptos da concepção quadripartida: Basileu Garcia, Claus Roxin, dentre outros.

censurabilidade na conduta (culpabilidade), então não haverá crime; c) para existir crime é necessário a cominação de pena, e na medida em que a culpabilidade afasta a possibilidade de aplicação de pena, também teria o condão de excluir o próprio crime. E finalmente, para a concepção quadripartida, crime é um fato típico, ilícito, culpável e punível, e ausente qualquer um desses elementos não haveria crime. A doutrina é uníssona quanto à inaplicabilidade de tal corrente pelo ordenamento penal no Brasil.

Destarte, e conclusivamente, se observam dois cenários possíveis a partir das teses mais comuns suscitadas por profissionais de setores sensíveis que venham a ser constituídos arguidos pelo crime de branqueamento de capitais: a) operações suspeitas executadas em estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito, implicarão na incidência de circunstâncias que excluem a tipicidade, e por isso mesmo descaracterizam a ocorrência de crime; b) operações suspeitas implementadas em estrito cumprimento do dever legal putativo, ou em exercício regular de direito putativo, representam condutas que não comportam punibilidade, mas se a punibilidade não integra o conceito de crime, este estará configurado.

2.4 O branqueamento segundo a dogmática penal brasileira e portuguesa

Em Portugal a tipificação do branqueamento de capitais decorria de legislação avulsa, pelo menos até a edição da Lei nº 11/2004, mas com o advento de tal diploma o aludido crime passou a compor o Código Penal luso, tal qual se verifica em diversos outros Estados, tanto na Europa quanto nas Américas. Desde então, o crime de branqueamento é descrito no art. 368º-A do CP, e compõe o rol dos crimes contra a realização da justiça, o que veio em prestígio a uma parcela da doutrina que sustentava ser este o bem jurídico protegido pela incriminação dessa conduta. Relembre-se, todavia, que segundo assinalado no capítulo anterior, a lavagem de ativos ilícitos configura crime pluriofensivo, inclusive porque vulnera sistemas políticos e econômicos dos Estados em quem se verificam.

É preciso observar igualmente que a integração do aludido tipo ao corpo do Código Penal português atraiu o efeito de que as disposições da parte geral desse diploma normativo passaram a ser aplicáveis ao delito de branqueamento, salvo em caso de haver disposições específicas para o crime de branqueamento, assim entendidas aquelas assinaladas no art. 52º

da Lei nº 11/2004, que dispunham sobre a defesa dos direitos de terceiros de boa-fé, ou ainda quando o crime subjacente era o tráfico de drogas⁵⁴³.

É certo que a quase integralidade da Lei nº 11/2004 esteve voltada a estabelecer o regime de prevenção ao branqueamento, de modo que somente em seus três últimos artigos cuidou do aspecto repressivo. E nessa mesma linha seguiram os dois diplomas subsequentes, inclusive o atual Estatuto Antibraveamento (Lei nº 83/2017), o qual já foi devidamente abordado no capítulo anterior deste trabalho, razão por que o foco desta fase do estudo deve ser o aspecto repressivo, e quanto a isso, a tipificação penal do branqueamento se encontra assim erigida nos dias atuais:

“Artigo 368.º-A. Branqueamento:

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos ou, independentemente das penas aplicáveis, de factos ilícitos típicos de: a) Lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, ou pornografia de menores; b) Burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento, contrafação de moeda ou de títulos equiparados, depreciação do valor de moeda metálica ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa de concerto com o falsificador ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa ou de títulos equiparados, ou aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação ou de títulos equiparados; c) Falsidade informática, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento obtidos mediante crime informático, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, intercepção

543 Ainda sob a égide da lei anterior havia discussão se o nº 5 do art. 367.º do CP português era aplicável ao branqueamento de capitais. O Supremo Tribunal de Justiça se posicionou em sentido afirmativo, sobretudo porque a solução do nº 5, alínea “b”, embora incluída na parte especial do CP, seria uma solução de carácter geral, aplicável, por exemplo, ao branqueamento. Todavia, há diversas decisões judiciais apontando em sentido oposto, tal como assinalado por Martins dos Reis e Renato Barroso, os quais estranharam que a jurisprudência, em sua função interpretativa, tenha restringido o âmbito de condenação do crime de branqueamento de capitais, excluindo mesmo os familiares mais próximos dos arguidos (REIS, José Alberto Martins dos; BARROSO, Renato Amorim Damas. Branqueamento de capitais: análise prática. In: OLIVÉ, Juan Carlos Perre; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara; CABRAL, Jorge Almeida. *Blanqueo de dinero y corrupción e el sistema bancario*. Salamanca, 2002. p. 295-304). Jorge Duarte alude a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, prolatado em 8 de outubro de 1997, e sinaliza que ante a opção legislativa de tipificar o branqueamento em diploma avulso, determinado que apenas a parte geral do CP português seria subsidiariamente aplicável ao branqueamento, restaria indefensável a aplicação de uma regra contida na parte especial, ainda que se pudesse considerar que tal regra tenha carácter geral. Assim, e por admitir que a aplicação do art. 361º do CP ao delito de branqueamento desconfiguraria a intenção do legislador, rejeita a sua aplicação “em situações de branqueamento de capitais perpetrados por familiares diretos do agente que levou à prática o crime-base gerador dos bens ou meios de fortuna objecto das condutas previstas no artigo 23º do DL nº 15/93, de 22 de janeiro”. Ainda que tais argumentos fossem pertinentes no contexto da “Lei da Droga”, perdeu força com a edição da Lei nº 11/2004 (DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias. Branqueamento de Capitais: o regime do DL 15/93, de 22 de janeiro, e a normativa internacional. Porto: Imprensa, 2002. p. 138-143).

ilegítima ou reprodução ilegítima de programa protegido; d) Associação criminosa; e) Terrorismo; f) Tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; g) Tráfico de armas; h) Tráfico de pessoas, auxílio à imigração ilegal ou tráfico de órgãos ou tecidos humanos; i) Danos contra a natureza, poluição, atividades perigosas para o ambiente, ou perigo relativo a animais ou vegetais; j) Fraude fiscal ou fraude contra a segurança social; k) Tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção, peculato, participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do setor público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, ou corrupção com prejuízo do comércio internacional ou no setor privado; l) Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado; m) Violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos, contrafação, imitação e uso ilegal de marca, venda ou ocultação de produtos ou fraude sobre mercadorias.

2 - Consideram-se igualmente vantagens os bens obtidos através dos bens referidos no número anterior.

3 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos.

4 - 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.

5 - Incorre ainda na mesma pena quem, não sendo autor do facto ilícito típico de onde provêm as vantagens, as adquirir, detiver ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade.

6 - A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 3 a 5 tem lugar ainda que se ignore o local da prática dos factos ilícitos típicos de onde provenham as vantagens ou a identidade dos seus autores, ou ainda que tais factos tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º

7 - O facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada.

8 - A pena prevista nos n.ºs 3 a 5 é agravada em um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual ou se for uma das entidades referidas no artigo 3.º ou no artigo 4.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e a infração tiver sido cometida no exercício das suas atividades profissionais.

9 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

10 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

11 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

12 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

No plano do ordenamento jurídico brasileiro, a incriminação do branqueamento somente se deu em 1998, através da Lei nº 9.613/98, a qual foi posteriormente alterada pela Lei nº 12.683/2012, a qual inseriu retoques de pequena magnitude na descrição do tipo objetivo. Aliás, é forçoso reconhecer que seus maiores impactos foram a eliminação do rol taxativo de crimes subjacentes, e na ampliação do espectro de entidades (financeiras e não-financeiras) obrigadas ao regime geral da prevenção. Além disso, se impõe reconhecer que o diploma brasileiro que disciplina os regimes de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro se afigura de forma significativamente menos detalhada do que se observa no ordenamento interno luso. Com efeito, o delito de lavagem de dinheiro se encontra assim tipificado no Brasil:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades,

prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

2.4.1 Tipificação objetiva do branqueamento

Examinaremos neste título os contornos do tipo objetivo do branqueamento de capitais, a partir do ordenamento jurídico de Portugal e Brasil, nessa ordem, isto porque o delito foi incriminado primeiramente no ordenamento interno de Portugal, e somente alguns anos depois passou a compor o rol de condutas penalmente típicas no Brasil. Embora seja certo que, por delimitação metodológica, o tema em estudo terá seu foco voltado aos ordenamentos dos dois países, eventualmente serão aludidas reflexões doutrinárias sobre o mesmo crime, no âmbito de outros Estados, notadamente Espanha e Estados Unidos.

a) Em Portugal

Consoante a transcrição supra do art. 368º-A, nº 3 do Código Penal luso, “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos”. Acrescenta o nº 4 que “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”. O nº 5 do mesmo dispositivo agrega que “incorre ainda na mesma pena quem, não sendo autor do facto ilícito típico de onde provêm as vantagens, as adquirir, detiver ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade”. Salienta o nº 6 que “a punição pelos crimes previstos nos nºs 3 a 5 tem lugar ainda que se ignore o local da prática dos factos ilícitos típicos de onde provenham as vantagens ou a identidade dos seus autores, ou ainda que tais factos tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5º”.

Conquanto não se trate de delito próprio de uma categoria, o branqueamento pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa singular, mas inexiste previsão legal de que possa ser perpetrado por pessoas coletivas, ainda que, neste aspecto, o ordenamento português conte com a crítica de Oliveira Ascensão⁵⁴⁴. Nesse pormenor relembre-se que o tipo objetivo do crime de branqueamento prescinde de qualquer forma de associação criminosa⁵⁴⁵, além do que somente seria admissível a responsabilização penal das pessoas coletivas nos moldes do art. 11º do CP português. E acerca da forma de perpetração, Vitalino Canas⁵⁴⁶ sustenta que o crime de branqueamento somente pode ser cometido por via de ação, mas adotando a mesma trilha de Germano Marques da Silva⁵⁴⁷, reconhece que se trata de um delito de mera atividade, que se esgota na própria ação.

A posição de Canas, todavia, sofre a oposição de Rodrigo Santiago⁵⁴⁸, o qual admite a possibilidade de que o branqueamento seja um crime comissivo por omissão. De fato, a teor do art. 10º do CP português nos parece que a razão está com Santiago, pois o nº 1 de tal dispositivo preconiza que “quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei”. Por outro lado, o nº 2 do mesmo dispositivo adverte que “a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado”. Portanto, pelo menos em relação aos que integram o rol de entidades obrigadas aos deveres de prevenção (financeiras ou não-financeiras), nos parece lógico que eventual omissão de tais deveres, seja por dolo direto, seja por dolo eventual, se mostra suficiente para caracterizar uma conduta comissiva por omissão.

É oportuno lembrar que, acerca do objeto do processo de branqueamento ou objeto da ação, a Lei nº 11/2004 substituiu os vocábulos “bens ou produtos”, tal como eram assinalados

⁵⁴⁴ Oliveira Ascensão sustenta que o regime penal deveria ser corrigido para que as empresas possam figurar como sujeito ativo do crime de branqueamento (OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Branqueamento de capitais: reacção criminal. In: Estudos de Direito Bancário. Coimbra, 1997. p. 357).

⁵⁴⁵ O branqueamento se situar numa zona de confluência com a criminalidade altamente organizada (ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 344). Relembre-se que o art. 28º, nº 4, do DL nº 15/93 ostenta uma regra especial sobre associações criminosas, que é aplicável ao delito de branqueamento cujo crime precedente seja o tráfico de estupefacientes e de percursores (arts 21º. e 22.º). Daí porque é punível a conduta daquele que venha a promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que tenha como finalidade ou atividade a conversão, transferência (ou receptação) de bens ou produtos dos crimes de tráfico de estupefacientes e de percursores. Quanto ao ponto, Jorge Godinho tece críticas àquilo que considera antecipação da reação penal para a punição de um “pós-delito” (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 17).

⁵⁴⁶ CANAS, Vitalino. O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão. Coimbra: Almedina, 2004. p. 148.

⁵⁴⁷ SILVA, Germano Marques. Ob. cit., 29.

⁵⁴⁸ SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 401.

no DL nº 15/93 (art. 23º, nº 1) e no DL nº 325/95 (art. 2º), ou “recompensas, objetos, direitos ou vantagens” (DL nº 15/93, arts. 36º, 37º e 39º), pelo termo “vantagens” ou pela expressão “direitos a elas relativos”. Daí se infere claramente o propósito do legislador de abranger qualquer espécie de benefício espúrio decorrente do crime subjacente. Aliás, Jorge Duarte assinala que, mesmo no contexto do ordenamento anterior a 2004, a expressão bens ou produtos deveria ser interpretada com a máxima amplitude possível⁵⁴⁹, razão por que, para os fins do art. 368º-A, nº 1, do CP luso, devem ser reputadas como vantagens quaisquer bens ou lucros, ou benefícios financeiros que sejam oriundos dos crimes subjacentes, sobretudo se cotejadas com o conceito de “bens”, tal como extraído da Convenção de Viena de 1988, da Convenção de Estrasburgo de 1990, e da Diretiva nº 2001/97/CE. Bem por isso, Jorge Godinho aduz que o conceito de vantagens abrange tudo o que já se reputava compreendido pelos vocábulos “bens ou produtos”⁵⁵⁰.

É certo que só interessam, para fins de caracterização do branqueamento, vantagens ou bens oriundos de crimes subjacentes, ainda que sob qualquer forma de comparticipação. Contudo, é necessário que exista um nexó de causalidade entre as vantagens e a conduta comissiva (ou comissiva por omissão) do sujeito implicado no delito de lavagem de ativos, pouco importando se a vantagem espúria é integralmente decorrente da prévia conduta criminosa, ou se apenas parte dos recursos ilícitos integram a aludida vantagem. Nesse sentido, cumpre ponderar que um copo de leite, com algumas gotas de veneno, poderá ser tão nefasto à saúde de quem o ingere quanto um copo contendo metade de veneno e metade de leite. Um menor potencial de contaminação não deixa de ser contaminação. Quanto a isso, Rodrigo Santiago evidencia sua adesão ponderando que se o autor recebe pelo tráfico de armas um prédio, mas para além das armas traficadas, entrega dinheiro “lícito”, uma posterior ocultação da proveniência do bem é suscetível de integrar o tipo do branqueamento, não importando que ele tenha sido obtido, em parte através de uma operação ou de meios lícitos⁵⁵¹. E em reforço argumentativo o mesmo jurista invoca o art. 23º, nº 1, do CP português, segundo o qual é punível a tentativa de qualquer das condutas previstas nos nºs 2 e

549 “A expressão bens ou produtos (...) deve ser entendida com a máxima amplitude possível, de forma a abranger a totalidade dos bens gerados pela prática do crime-base, assim como quaisquer direitos sobre coisas que sejam adquiridos em resultado dessa mesma prática” (DUARTE, Jorge Manuel Dias. Ob. cit., p. 128). No mesmo sentido: SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 389-390.

550 Jorge Duarte assinala algumas das hipóteses: para além do próprio dinheiro, coisas móveis ou imóveis, direitos, aplicações financeiras ou no mercado de valores, aplicações no mercado de futuros (DUARTE, Jorge Manuel Dias. Ob. cit., 128).

551 Há aparente oposição de Rodrigo Santiago (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 391).

3 do art. 368º-A. Por outro lado, os atos preparatórios das mesmas condutas seriam impuníveis, por dicção do art. 21º do mesmo diploma⁵⁵².

É imperativo reconhecer que não se exige condenação penal pelo ilícito subjacente, mas isso não implica dizer que se possa relativizar as evidências de materialidade do mesmo. Com efeito, a constatação de um fato penalmente típico anterior e que tenha gerado vantagens ilícitas constitui condição objetiva do tipo penal do branqueamento, e são precisamente essas vantagens que serão objeto da dissimulação aludida art. 368º-A, nº 2 do CP português. Entretanto, esse liame existente entre as vantagens do tipo penal pretérito e o crime de branqueamento não ostenta o condão de transformar a este em mera fase subsequente do primeiro delito, eis que são ilícitos autônomos, voltados a ofender bens jurídicos distintos. Destarte, é perfeitamente possível a punição daquele que comete o branqueamento de ativos, ainda que a primeira conduta delitiva tenha permanecido impune, por força de qualquer excludente de punibilidade (morte do agente ou prescrição, dentre outras), ou mesmo por fragilidade de provas quanto à autoria do delito subjacente⁵⁵³. Finalmente, Jorge Godinho relembra que os limites da autoria compreendem tanto a autoria material, quanto a de natureza moral, seja por instigação ou por autoria mediata, mas ainda a coautoria, ou a cumplicidade⁵⁵⁴.

Relativamente ao rol de infrações penais subjacentes, o legislador português se valeu de um catálogo misto de delitos que podem produzir vantagens cuja dissimulação é punida como branqueamento⁵⁵⁵. Tem-se por reforçada a ideia de que o crime pretérito precisa ostentar alguma dignidade punitiva, e nessa esteira o ordenamento luso fixou um catálogo específico de tipos penais graves, mas acrescentou igualmente uma cláusula geral que abstratamente gera a incidência de outros tipos penais reputados suficientemente gravosos. No primeiro grupo o art. 368º-A do CP português assinala diversos crimes dispostos em 13 (treze) categorias, a saber: a) lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, pornografia de menores; b) burla informática e nas comunicações, extorsão, abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento, contrafação de moeda ou de títulos equiparados, depreciação do valor de moeda metálica ou de títulos equiparados, passagem de

552 GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Ob. cit., p. 190.

553 Para Godinho, se houver hipóteses em que da simples tentativa ou da prática de atos preparatórios do facto ilícito típico subjacente já resultem vantagens, poderá haver branqueamento, não sendo essencial que o facto ilícito típico subjacente tenha atingido o estágio da consumação (GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Ob. cit., p. 168).

554 SILVA, Germano Marques. Ob. cit., p. 279 e ss. No mesmo sentido: SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 391; GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 169-170.

555 Há críticas quanto ao formato misto adotado pela lei portuguesa, a qual poderia ter adotado apenas uma cláusula (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 175-180).

moeda falsa de concerto com o falsificador ou de títulos equiparados, passagem de moeda falsa ou de títulos equiparados, ou aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação ou de títulos equiparados; c) falsidade informática, contrafação de cartões ou outros dispositivos de pagamento, uso de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento contrafeitos, atos preparatórios da contrafação, aquisição de cartões ou outros dispositivos de pagamento obtidos mediante crime informático⁵⁵⁶, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceptação ilegítima ou reprodução ilegítima de programa protegido; d) associação criminosa; e) terrorismo; f) tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas⁵⁵⁷; g) tráfico de armas; h) tráfico de pessoas, auxílio à imigração ilegal ou tráfico de órgãos ou tecidos humanos; i) danos contra a natureza, poluição, atividades perigosas para o ambiente, ou perigo relativo a animais ou vegetais; j) fraude fiscal ou fraude contra a segurança social; k) tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção⁵⁵⁸, peculato, participação econômica em negócio, administração danosa em unidade econômica do setor público⁵⁵⁹, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, ou corrupção com prejuízo do comércio internacional ou no setor privado; l) abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado; m) violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos, contrafação, imitação e uso ilegal de marca, venda ou ocultação de produtos ou fraude sobre mercadorias. E a título de cláusula geral, o art. 368º-A do CP luso estipulou que também podem figurar como delitos subjacentes ao branqueamento fatos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

A propósito do rol de tipos penais explicitados, pouco importa a pena cominada a qualquer um deles, pois se alguém dissimular as vantagens originadas a partir dos mesmos estará incurso no delito de branqueamento de ativos. Nesse sentido, ainda que o sujeito esteja incurso no tráfico de menor gravidade (DL nº 15/93, art. 25), ou em alguma hipótese mais

556 Jorge Godinho assinala o conteúdo um tanto impreciso deste tipo penal, cuja formatação estaria em desconformidade com o princípio da legalidade (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 178-179). No mesmo sentido: CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 76.

557 Assim entendido não apenas como o tipo pela de que trata o art. 21º, como igualmente a forma atenuada do art. 25º, ambos do DL nº 15/93. O tráfico de precursores, apontado no art. 22º do mesmo diploma, recai na cláusula geral da parte final do n. 1 do art. 368º-A do CP português.

558 Assim compreendidas tanto a corrupção tipificada no CP português, quanto outros tipos análogos assinalados em legislação especial (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 175).

559 Godinho pondera ser remota a possibilidade de tal delito figurar como subjacente ao branqueamento (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 176).

branda de extorsão (CP, art. 223º), ainda assim poderá ser chamado a responder pelo delito de branqueamento. Contudo, é imperativo reconhecer que alguns delitos especialmente graves figuravam outrora como crimes subjacentes ao branqueamento, tais como o terrorismo, o tráfico de produtos nucleares e o rapto, mas foram excluídos desse catálogo. A despeito disso, a exclusão foi meramente simbólica porque são tipos penais cuja moldura penal tem em sua base penas de prisão de mais seis meses, ou em seu teto prisão de mais de cinco anos.

É oportuno frisar que, inobstante a crítica formulada por Almeida Cabral, quanto ao critério misto adotado pelo legislador lusitano⁵⁶⁰, tal critério encontra lastro nos arts. 1º e 5º da Diretiva nº 2001/97/CE, seja em cotejo com a Ação Comum nº 98/699/JAI (relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda de instrumentos e produtos do crime), seja em cotejo com a Decisão-Quadro nº 2001/500/JAI (relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime). As normativas internacionais indicaram dois critérios, a serem transpostos pelos Estados-membros até 15 de dezembro de 2004, de modo que pudessem figurar como subjacente ao branqueamento de capitais qualquer infração grave, punível com: a) pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de duração máxima superior a um ano; b) pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses. Nesse cenário, o legislador português escolheu a segunda alternativa.

Vale observar que o legislador português evidenciou sua percepção que ao adotar o segundo caminho pudesse ter como infrações penais subjacente ao branqueamento algum ilícito de ação penal privada, vale dizer, dependente de queixa da vítima, e quanto ao ponto o art. 368º-A, nº 7 do CP português estatuiu que “o facto é punível ainda que o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e esta não tiver sido apresentada”. Demais disso, para extirpar qualquer dúvida quanto à ocorrência de branqueamento comissivo por omissão, o nº 8 do multicitado art. 368º-A do CP português assinalou que “a pena prevista nos nºs 3 a 5 é agravada em um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual ou se for uma das entidades referidas no artigo 3º ou no artigo 4º da Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, e a infração tiver sido cometida no exercício das suas atividades profissionais”. Com efeito, se houver descumprimento aos deveres de prevenção, a ponto de caracterizar dolo direto ou dolo eventual, aquele que integra uma

⁵⁶⁰ Cabral tece críticas à mescla de critério genérico com um extenso e impreciso catálogo de crimes (CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 76).

entidade obrigada (financeira ou não-financeira) poderá sofrer pena de até 16 (dezesseis) anos de prisão.

A propósito da possibilidade de que o crime subjacente seja de ação penal privada, cumpre destacar que, no passado, o branqueamento só era punível se a queixa tivesse sido tempestivamente apresentada, e tal disposição, que guardava liame direto com os crimes contra o patrimônio e contra a liberdade e autodeterminação sexual, tinha por escopo evitar possível incongruência diante de punição por branqueamento de vantagens resultantes de um crime pretérito no qual a vítima houvesse revelado desinteresse pela reação criminal. Todavia, ante a atual redação do nº 7 do art. 368º-A do CP português, tem-se por reforçada a autonomia do branqueamento em relação ao delito subjacente, a ponto de tornar irrelevante a diferença de natureza dos dois crimes, e a ponto de revelar que para persecução penal do branqueamento é suficiente a punibilidade do ilícito pretérito, pouco importando se a ausência de punição efetiva se deu por desídia da vítima, por reduzida operacionalidade do aparelho punitivo estatal, ou mesmo por deficiências probatórias.

Convém reconhecer que, ainda na vigência da Lei nº 11/2004, o ordenamento luso estatuiu duas exceções à regra da impunibilidade do branqueamento, se o crime antecedente dependesse de formalização de queixa pela vítima, ou se as vantagens fossem oriundas de abuso sexual de crianças ou abuso sexual de menores dependentes (CP, arts. 172º e 173º). Em ambos os casos poderia haver punição por branqueamento, a despeito de eventual omissão das vítimas ou de seus representantes legais quanto à formalização de queixa. É que nos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual a ação é semi-pública, e por isso a persecução penal depende de queixa do ofendido (CP, art. 178º, nº 1), entretanto, com o advento da Lei nº 99/2001 foram concebidas as exceções dos nºs 2 a 4, ambas do art. 178º do CP português, as quais autorizam a iniciativa do Ministério Público para deflagração da respectiva ação penal, sempre no melhor interesse da vítima, destacando-se que, em tais casos, a ausência de propositura da queixa pode traduzir não propriamente um desinteresse, mas uma situação de recolhimento ou reserva, que não deve ser devassada para não importar em revitimização, mas não deve inibir a apuração da conduta criminoso, a bem do interesse público e da especial censurabilidade do tipo penal que, além de tudo, recomenda que não se deixem impunes eventuais vantagens dissimuladas pelo agente do delito subjacente. Nesse cenário, é provável que o cotejo de interesses conduziu o legislador lusitano à atual redação do nº 7 do art. 368º-A do CP português.

Sob a vigência da Lei nº 11/2004 a tipificação do crime de branqueamento se operava por meio dos nºs 2 e 3 do art. 368º-A do CP português, o que apontava para a uma orientação

tradicional de desdobrar a tipificação do branqueamento em um rol específico de crimes, e em uma cláusula geral que estipulava uma moldura penal que representava a dignidade punitiva mínima exigível do crime subjacente. Na redação atual do art. 368º-A do CP, o tipo penal objetivo foi fracionado em 03 (três) grupos, a saber: a) a conduta de converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens ilícitas, tal como estipulado no nº 3, do mencionado art. 368º-A do CP; b) o ato consistente em ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos oriundos do crime subjacente (CP, art. 368º-A, nº 4); c) a conduta consistente em adquirir, deter ou utilizar, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade (CP, art. 368º-A, nº 5). Frise-se que destas três condutas caracterizadoras do branqueamento, a terceira guarda particular proximidade com os crimes de receptação (CP, art. 231º) e de auxílio material (CP, art. 232º), mas tal similaridade será objeto de análise em capítulo próprio. Cumpre observar que, segundo as lições de Rodrigo Santiago, cada uma das hipóteses legais corresponde a um tipo penal autônomo⁵⁶¹, mas sob a ótica de Almeida Cabral elas correspondem às três diferentes etapas do branqueamento⁵⁶².

A dissimulação de vantagens ilícitas, tal como outrora descrita no art. 368º-A, nº 2 do CP português, correspondia em essência ao texto do art. 2º, nº 1, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 325/95, ou mesmo ao tipo penal outrora estabelecido pelo art. 23º do Decreto-Lei nº 15/93, tal como adverte Oliveira Ascensão e Rodrigo Santiago⁵⁶³. Contudo, Vitalino Canas adverte que existiu não apenas certa evolução técnica entre os dois textos⁵⁶⁴; como ainda uma maior

561 Cada uma das alíneas consagrava um autônomo tipo legal de crime, com as respectivas intencionalidades normativas (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 386). Godinho propôs que as alíneas “a” e “b” fossem vistas como a tipificação de etapas do processo de branqueamento (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 162-163).

562 Cabral sugere que as três alíneas anteriores correspondiam à intenção incorretamente expressa do legislador de traduzir as três fases do branqueamento. Assinala ainda que a tipificação feita pelo dispositivo legal que então correspondia ao atual nº 2 dizia respeito à fase da colocação, enquanto a correspondente ao atual nº 3 incidia sobre a camuflagem. (CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 82). Embora sugestiva, a construção não parece inteiramente comprovada pela análise dos elementos típicos enunciados em cada uma das disposições. De fato, entre as condutas descritas nos nºs 2 e 3 do art. 368º-A do CP português há alguma sobreposição, salvo quanto ao elemento de intenção específica.

563 Eis o tipo básico do branqueamento (ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 346).

564 Sob certo aspecto não se verificou melhora na redação do tipo legal do branqueamento, pois tanto o art. 23º, nº 1 do DL nº 15/93, quanto o art. 23º, nº 1, do DL nº 325/95), exigiam o conhecimento pelo sujeito ativo do branqueamento de que os bens ou produtos eram oriundos das infrações subjacentes. Daí porque ao referir “dessas infrações”, a alínea “a” claramente aludia às infrações subjacentes assinaladas no proêmio do dispositivo legal. Na lei do branqueamento, a expressão “dessas infrações”, tal como observada no art. 368º-A, nº 2, do CP português, deixou de ter um referencial anterior para onde se deva entender que é feita direta e imediatamente a remissão. Todavia, ao que parece o legislador não tencionou alterar o sentido normativo anterior, pelo que se deve considerar que o inciso “evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal”, constante daquele último preceito, remete para as infrações subjacentes enumeradas no nº. 1.

delimitação substantiva. O jurista aduz para tanto que o aprimoramento técnico seria perceptível porque: a) operou-se a supressão do vocábulo “ocultar”, que indisfarçavelmente guardava o mesmo sentido de “dissimular”; b) a lei se valia de uma expressão um tanto imprecisa (“ajudar uma pessoa implicada na prática de (...) infrações”), a qual foi melhor delimitada no texto normativo (“evitar que o autor ou participante dessas infrações”); c) uma expressão demasiado vaga (“eximir-se às consequências jurídicas dos seus atos”) foi sucedida pela expressão “evitar que (...) seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação penal”. E quanto a melhor delimitação substantiva, pondera que ao introduzir a expressão “obtida por si ou por terceiro”, o legislador buscou demonstrar a possibilidade da autolavagem, para dirimir debate que existia não apenas na doutrina⁵⁶⁵, como igualmente na esfera da jurisprudência⁵⁶⁶, tudo de molde a evidenciar ser possível a configuração de concurso real⁵⁶⁷.

Fato é que, inobstante certa ambiguidade no texto da lei, havia um debate doutrinário sobre a possibilidade do concurso real entre o crime subjacente e o branqueamento de capitais, assim como era igualmente reconhecido que, em dadas circunstâncias, poderia haver um *self laundering* impunível⁵⁶⁸. Com efeito, no momento da incorporação do crime de branqueamento de capitais ao CP português, o tipo objetivo era composto por: a) conversão de vantagens ilícitas; b) transferência de vantagens ilícitas; c) auxílio em alguma operação de conversão de vantagens ilícitas; d) auxílio em alguma operação de transferência de vantagens; e) facilitação de alguma operação de conversão de vantagens; f) facilitação de alguma operação de transferência de vantagens⁵⁶⁹. Demais disso, qualquer uma dessas condutas poderia se concretizar de forma direta ou indireta⁵⁷⁰.

565 Boa parcela da doutrina portuguesa se posiciona favoravelmente à possibilidade de concurso real ou efetivo (GASPAR, Antônio Henrique. Branqueamento de Capitais. In: Droga e Sociedade: o novo enquadramento legal. José Niza (coord.), 1994. p. 133-134; MARTINS, Antônio Lourenço. Branqueamento de Capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 9. f. 3. jul-set. 1999. p. 474-475; DUARTE, Jorge. Ob. cit., 108-112; CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 80). Há posições em sentido contrário (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 236-240; ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 347).

566 A doutrina aponta diversas decisões judiciais contraditórias sobre o tema e demonstra estranheza que a jurisprudência na sua função interpretativa tenha restringido o âmbito de condenação do crime de branqueamento de capitais, chegando até a excluir o autor principal (o traficante de drogas ou o agente do crime subjacente) e seus familiares mais próximos, embora nos primeiros anos de vigência do DL nº 15/93, doutrina e jurisprudência eram quase unânimes em prol da condenação do agente pelos dois crimes (REIS, José Alberto Martins; BARROSO, Renato Amorim Damas. Ob. cit., p. 364).

567 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 156-157.

568 Lourenço Martins exemplifica a situação mediante a hipótese do traficante que, tendo consigo em casa uma grande soma de dinheiro, na iminência de uma busca decide levá-lo para um lugar mais seguro 9MARTINS, Antônio Lourenço. Ob. cit., p. 475.

569 Há debate doutrinário se os verbos “auxiliar ou facilitar” se referem à cumplicidade, e sua eventual punição em moldes idênticos aos da autoria, ou tais verbos objetivam apenas definir que o sujeito ativo do branqueamento será não apenas quem desempenha papel ativo nas operações, mas igualmente aquele que

Atualmente, os verbos escolhidos pelo legislador português para assinalar o tipo objetivo são: a) converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita⁵⁷¹; b) evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal; c) ocultar ou dissimular⁵⁷² a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens⁵⁷³, ou os direitos a ela relativos; d) adquirir, detiver ou utilizar conscientemente as vantagens ilícitas. Destarte, no primeiro bloco se percebe não apenas o *modus operandi*, como o escopo principal da conduta (dissimulação da origem espúria da vantagem, enquanto dolo específico⁵⁷⁴). No segundo bloco fica evidente o propósito de malferir a administração da justiça, enquanto bem jurídico⁵⁷⁵. No terceiro bloco se identifica um fim de lucro⁵⁷⁶ por parte do branqueador.

Quanto ao tipo subjetivo, a doutrina portuguesa tem se posicionado que as condutas do art. 368º-A, nº 3, exigem dolo específico, mas para as condutas do nº 4 se mostra suficiente o dolo genérico. Isso não implica dizer, todavia, que esteja afastada a possibilidade de configuração do dolo eventual. Demais disso, já não restam dúvidas quanto à possibilidade de concurso real entre o branqueamento e o delito subjacente, sobretudo em face da autonomia do primeiro. Aliás, trata-se de derivação lógica da diversidade entre os bens jurídicos atingidos pela primeira e pela segunda infração penal. Demais disso, quando o legislador admite a lavagem de vantagens ilícitas próprias, ou obtidas por terceiros, finda por ratificar a possibilidade do concurso de crimes.

intervenha do lado passivo, tal como o empregado ou dirigente bancário, o advogado ou solicitador, o consultor financeiro, dentre outros. Alguns se filiam à primeira hipótese (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 392), mas outros se posicionam em prol da segunda hipótese (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 192).

570 Santiago percebe a reciclagem de 1º grau como *money laundering*, e a transformação de 2º grau como *recycling* (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 392).

571 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 187 e ss.

572 Santiago entende que nestas condutas se configura mero encobrimento, não se podendo falar de verdadeiro branqueamento, pois há hipótese do art. 368º-A, nº 3 do CP português “o agente limita-se a esconder dinheiro que continua sujo” (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 395).

573 O legislador optou por uma estratégia um tanto conservadora na descrição das condutas que integram o nº 3 do art. 368º-A do CP português, ainda que existam críticas doutrinárias quanto à eventual indeterminação de algumas delas, tais como os conceitos de “verdadeira natureza dos bens” e “verdadeira disposição dos bens” (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 196-199).

574 SILVA, Germano Marques da. Ob. cit., p. 169.

575 Godinho sustenta a natureza mediata e subsequente desta segunda intenção em relação à primeira, e por isso afirma ser dispensável sua inclusão (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 224).

576 Inobstante a intenção de lucro esteja presente, em regra, nas condutas dos nºs 2 e 3, do art. 368º-A do CP português, tal requisito não se mostra essencial, e por isso pode existir mera complacência ou favor ou simples interesse em satisfazer ou conservar um cliente (LOURENÇO MARTINS, António. Ob. cit., p. 23).

Finalmente, Vitalino Canas assinala que ainda em 2004 houve um empenho legislativo em recortar com maior nitidez as fronteiras entre o crime de branqueamento e o crime de receptação⁵⁷⁷, e com nesse intento houve a supressão da alínea “c” do nº 1 do art. 2º do DL nº 325/95, a qual estatuiu que o crime de branqueamento era praticado por todo aquele que adquirisse ou recebesse os bens ou produtos, a qualquer título, ou os utilizasse, ou detivesse ou conservasse⁵⁷⁸.

b) No Brasil

No ordenamento interno brasileiro a incriminação do branqueamento se operou por meio da Lei nº 9.613/98, a qual assinala em seu art. 1º quatro condutas penalmente distintas, a saber: a) ocultação e dissimulação; b) uso de meios para ocultação ou dissimulação; c) uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira; d) participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro. Relativamente à ocultação ou à dissimulação, no Brasil é apenada com reclusão de três a dez anos, além de multa, e se volta ela a encobrir a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Trata-se de tipo penal quase idêntico ao que é tipificado no art. 368º-A do CP português, mas com pena máxima um pouco mais branda no ordenamento brasileiro.

Conquanto o crime de branqueamento tenha por essência o mascaramento de recursos provenientes de fonte espúria, é natural que a primeira modalidade da lavagem de dinheiro no Brasil tenha se dado por meio da ocultação ou dissimulação de bens ou vantagens ilícitas, as quais estavam restritas a um rol específico de crimes, pelo menos até o advento da Lei nº 12.683/2012. Todavia, tal diploma suprimiu o rol específico de crimes (tráfico ilícito de drogas, terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional; e aqueles praticados por organização criminosa, ou por particular contra a administração pública estrangeira). Por

577 Alguma doutrina admite o branqueamento como uma espécie de receptação (SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 397). Contudo, há juristas que, embora identifiquem proximidade em ambos os tipos penais, assinalam duas diferenças entre os tipos: a) a receptação incide sobre bens obtidos por outrem mediante fato ilícito típico contra o patrimônio, o que não se observa no branqueamento; b) na receptação é necessário que o agente aja com a intenção de obter para si ou para outra pessoa uma vantagem patrimonial, mas tal elemento não existe no branqueamento. (DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 136). Para outros o branqueamento não se destina necessariamente a obter aproveitamento patrimonial (ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 346; GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 203).

578 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 161.

consequência, atualmente é possível que o delito subjacente seja qualquer crime, ou até mesmo uma mera contravenção penal, dentre as diversas que se encontram tipificadas no DL nº 3.914/41. Nesse sentido, Tigre Maia salienta que, inobstante o branqueamento seja crime autônomo também no Brasil, ostenta relação de acessoriedade material com uma infração antecedente⁵⁷⁹.

É necessário ponderar que nada obstante a crítica emanada de certo segmento da doutrina, brasileira e portuguesa, quanto à eventual ausência de dignidade punitiva de alguns crimes subjacentes (e tal ilação naturalmente se aplica igualmente às contravenções penais), a ampliação de um rol mais extenso de crimes precedentes, ou mesmo a eliminação desse rol, se posiciona em sintonia com a tendência internacional de progressiva ampliação da abrangência do branqueamento de capitais. Além disso, se a incriminação do delito antecedente e a incriminação do branqueamento se voltam a proteger bens jurídicos distintos cabe indagar: O traço relevante para tipificar o branqueamento é a pena cominada ao delito subjacente, ou o volume de recursos que o mesmo pode originar? Se a resposta estiver em sintonia com a segunda opção, pouco importa se o capital espúrio derivou do tráfico de drogas, do tráfico de armas, do tráfico de seres humanos, do tráfico de órgãos humanos, ou da contravenção do “jogo do bicho”.

É certo que a Convenção de Viena, de 1988, somente vinculava o branqueamento à ocultação de vantagens ilícitas oriundas do tráfico de drogas, mas é provável que naquele momento a comunidade internacional subdimensionasse os efeitos deletérios da criminalidade organizada em uma variedade de outros ilícitos, tanto assim que as normativas internacionais de segunda geração recomendaram a ampliação do rol para a inclusão de outros crimes que também tinham potencial de gerar significativo volume de recursos⁵⁸⁰. Ali começaram a surgir nos ordenamentos internos de diversos Estados listas maiores ou menores de crimes subjacentes, e no plano interno brasileiro esse rol já começou com oito modalidades distintas, duas das quais compostas por variados tipos penais (crimes contra a administração pública e crimes contra o sistema financeiro). Demais disso, cumpre salientar que o art. 1º, VII da Lei nº 9.613/98 indicou como crime subjacente qualquer um que fosse praticado por organização criminosa, razão por que, nesse aspecto, o critério de relevância ou dignidade punitiva foi deslocado da natureza do crime para a qualidade do sujeito ativo⁵⁸¹.

579 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 65; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 110.

580 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 60; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 35.

581 O ordenamento brasileiro original adotou um sistema misto e não tipicamente fechado, pois previu, entre os antecedentes, qualquer crime praticado por meio de organização criminosa.

Tal critério misto foi ganhando mais espaço em outros Estados à medida que se ampliava a percepção de que o bem jurídico afetado pelo branqueamento de capitais era distinto daquele lesionado pelo crime pretérito. Com efeito, quanto mais se cristalizava a ideia de que o branqueamento se voltava a macular a administração da Justiça ou a ordem econômica estatal, mas as diretivas internacionais passaram a recomendar a ampliação do rol de crimes subjacentes, e com isso alguns Estados preferiram mesmo eliminar o rol, para em seu lugar estabelecer uma determinada moldura penal que correspondesse a delitos graves. Aliás, consoante já salientado no tópico anterior, Portugal bem ilustra essa situação, eis que além de um rol, o art. 368º-A do CP luso adotou uma cláusula geral que atrai a incidência de crimes cuja moldura penal gravita em penas mínimas superiores a seis meses, ou máximas que ultrapassem cinco anos. E essa cláusula geral incorporada no tipo penal luso se alinha com a antiga Recomendação nº 01 do GAFI, segundo a qual os países que optassem pela técnica da moldura penal deveriam incluir “pelo menos, todos os crimes qualificados como graves pelo seu direito interno”, ou infrações puníveis com pena de duração máxima superior a um ano de prisão. Demais disso, nos Estados cujos ordenamentos estatuem penas mínimas e máximas, entre os crimes subjacentes deveriam estar todas as infrações cuja pena mínima superasse seis meses de prisão⁵⁸².

Depois disso, o GAFI adotou na Recomendação nº 03 que fossem admitidas como subjacentes ao branqueamento todas as “ofensas sérias”, que no Brasil equivalem a crimes cuja pena máxima seja superior a 04 (quatro) anos de privação de liberdade⁵⁸³. Destarte, é possível inferir que desde os primórdios da incriminação do branqueamento no Brasil, quase dez anos depois da Convenção de Viena de 1988, foi fixado um rol fechado de crimes graves, mas com uma abertura extensiva para qualquer crime perpetrado por ORCRIM (art. 1º, VII). Portanto, o legislador brasileiro implementou uma moldura penal objetiva que propiciava um maior leque de delitos subjacentes, ainda que não explicitados na relação inaugural. E com a edição da Lei nº 12.683/2012, o ordenamento brasileiro seguiu na mesma esteira do Código

582 Informação inserida em sítio eletrônico de órgão oficial do Brasil. Disponível em: www.coaf.fazenda.gov.br/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf. Acesso em: 26.07.2012. No mesmo sentido, a Convenção de Varsóvia (Conselho Europeu, 2005).

583 O ordenamento brasileiro comporta a seguinte escala de gravidade delitiva: a) infrações de pequeno potencial ofensivo (penas privativas de liberdade não superiores a dois anos, cf. art. 61 da Lei nº 9.099/95); b) crimes de médio potencial ofensivo (punidos com penas máximas maiores que dois anos e menores que quatro anos, cf. art. 394, §1º, II do CPP); c) crimes de grave potencial ofensivo (punidos com penas máximas que superem quatro anos, cf. art. 394, §1º, I do CPP); d) crimes hediondos ou assemelhados (apontados na Lei nº 8.072/90).

Penal da Espanha⁵⁸⁴, desprovido de rol taxativo de crimes subjacentes. Assim, tem-se por reforçada a ideia de que se buscou proteger a administração da Justiça.

Relativamente à possibilidade de que qualquer infração penal possa ser tomada como delito subjacente, isto enseja críticas não apenas no âmbito da doutrina brasileira, mas por igual entre os doutrinadores espanhóis, dentre os quais Abel Souto, para quem o legislador teria ido além do razoável, criando uma estrutura normativa pesada demais⁵⁸⁵. Na mesma linha, Pierpaolo Bottini sustenta que tanto furtos como até mesmo a organização de rifa (punível como contravenção, na forma do art. 51 do DL 3.688/41), se acompanhados de encobrimento dos bens adquiridos, podem ensejar a condenação a penas de 3 a 10 anos de prisão⁵⁸⁶.

A crítica se afigura um tanto despropositada na medida em que, em regra, furtos ou a contravenção penal de rifa não autorizada dificilmente ensejarão volume financeiro que justifique a ocultação ou a dissimulação. Na verdade, muito mais provável será que o autor do delito (ou contravenção) subjacente se utilize do recurso de fonte ilícita, sem qualquer cautela de prévio mascaramento, e nesse caso jamais existirá o crime de lavagem, mas tão somente mero exaurimento do delito pretérito.

Bottini argumenta ainda sobre a possibilidade de que o concurso material entre um crime contra o patrimônio e o crime de branqueamento gere algum retrocesso em relação às medidas cautelares pessoais inseridas no art. 319 do CPP, voltadas a facilitar o desencarceramento de réus. Contudo, cabe perquirir: O legislador brasileiro deve seguir as orientações normativas internacionais em busca de alcançar uma repressão eficaz ao fenômeno do branqueamento? Ou deve apenas dissimular uma aderência aos esforços internacionais e assim se esquivar do ônus do devido processo legal e da eventual aplicação de medidas punitivas proporcionais à reiteração delitiva e à habitualidade criminosa do réu? Com efeito, a possibilidade de concurso material entre crimes patrimoniais e o crime de branqueamento não deve ser admitido como argumento idôneo, seja porque as balizas objetivas do concurso material há muito foram traçadas no art. 69 do Código Penal brasileiro, seja porque não cabe ao legislador interno neutralizar as hipóteses legais de concurso de

584 Na doutrina espanhola há quem defenda essa técnica legislativa (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 379-380; FABIÁN CAPARRÓS, Miguel. Ob. cit., p. 71), mas há igualmente quem a critique (SOUTO, Miguel Abel. Ob. cit., p. 24).

585 SOUTO, Miguel Abel. Ob. cit., p. 196. No mesmo sentido: MORAES, Luciana Furtado. Crimes antecedentes. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.) Lavagem de Dinheiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 261; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 36.

586 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 96.

crimes, tampouco amesquinhar seus efeitos. E se assim o fizer, seguramente estará deturpando a prevenção geral negativa.

De toda sorte, a essência que se extrai da crítica de Bottini e outros juristas, brasileiros, ou estrangeiros, é que, sob a ótica da político-criminal, o mais adequado seria adotar a recomendação do GAFI no sentido de que os Estados que elegem uma moldura penal para os delitos subjacentes vinculem o branqueamento de capitais tão somente aos crimes graves, assim entendidos aqueles punidos com mais de quatro anos de privação de liberdade, em seu patamar máximo, tal como preconizado no art. 2º, alínea “b” da Convenção de Palermo. Trata-se do mesmo argumento de que é necessário que exista suficiente dignidade punitiva no delito subjacente.

A crítica merece ser confrontada com uma talvez incômoda indagação: E se o delito, supostamente de pequeno ou médio potencial ofensivo, gera recursos vultosos que precisam ser branqueados, isso deve representar escusa legítima para que o Estado adote as “instruções do avestruz” e finja não perceber que vantagens de origem espúria estão sendo filtradas, reinseridas no mercado, e ostentam capacidade suficiente para corromper a ordem econômica? Se a resposta for positiva restarão à política criminal daquele Estado apenas dois rótulos possíveis: hipócrita ou ineficaz. Além disso, banaliza-se a norma penal não apenas quando a mesma assinala punição excessiva, mas igualmente quando a mesma se posiciona como um “direito penal simbólico”.

O fato concreto é que, inobstante as críticas de certo segmento da doutrina brasileira, o rol de delitos subjacentes ao branqueamento foi extinto pela Lei nº 12.683/2012, a qual admitiu que qualquer infração penal (crime ou contravenção) possa gerar recursos hábeis à lavagem, e ao aludir à infração antecedente como elemento típico o legislador brasileiro se valeu de norma penal em branco homogênea heterovitelina, pela qual o tipo penal é complementado por norma de igual hierarquia, ainda que prevista em corpo legislativo distinto, isto porque as infrações penais antecedentes se encontram descritas na parte especial do CPB, ou em legislação penal extravagante. Contudo, não se deve confundir recursos ilícitos derivados de crimes ou contravenções penais, com recursos ilícitos oriundos de atos de improbidade administrativa, que no Brasil são delimitados pela Lei nº 8.429/92.

É certo que algumas condutas previstas no art. 9º da Lei nº 8.429/92 podem caracterizar não apenas ilícitos administrativos, mas igualmente crimes contra a administração pública, tal

como aquela de que trata o inciso I⁵⁸⁷, por exemplo. Pondere-se, entretanto, que caberá às entidades constitucionalmente encarregadas promover ambas as responsabilizações (penal e administrativa) nas respectivas esferas, e somente se realizada a investigação e apuração na esfera criminal, é que será possível admitir que os recursos oriundos de tal conduta sejam branqueáveis. Por outro lado, caso seja deflagrada tão somente a ação de improbidade administrativa, restará prejudicada qualquer persecução penal por branqueamento de capitais.

Outra categoria de condutas ilícitas que pode eventualmente ensejar dúvidas é a dos crimes de responsabilidade. No Brasil tais crimes são assinalados no texto constitucional (CF/88, arts. 52, 85, 86 e 102, inciso I, alínea “c”). Além disso, tais condutas são penalmente tipificadas na Lei nº 1.079/50 e no Decreto-lei nº 201/67, e embora somente aquelas estatuídas neste segundo diploma sejam punidas com penas de privação de liberdade, conforme o art. 1º, §1º do DL nº 201/67, isto é irrelevante para fins de configuração de eventual lavagem de dinheiro. Portanto, se algum agente público vier a responder por crime de responsabilidade nos moldes da Lei nº 1.079/50, ainda que suporte tão somente as penas de perda do cargo e inelegibilidade por determinado período de tempo, ainda assim poderá estar sujeito à responsabilização criminal por branqueamento, caso o crime de responsabilidade tenha originado recursos ilícitos e estes tenham sido objeto de branqueamento.

É oportuno identificar que elementos estruturantes da infração penal devem ser tomados em consideração para que se cristalice o branqueamento de capitais. No Brasil, a teoria do crime encontra arrimo no sistema Liszt-Beling, segundo o qual delito é um fato típico, antijurídico e culpável⁵⁸⁸. Com efeito, inobstante as eventuais transformações posteriores dessa estrutura, por força da contribuição de variadas escolas penais, e que ocasionaram o acréscimo de outros elementos⁵⁸⁹, ou a conjugação de alguns já existentes⁵⁹⁰, a estrutura básica do crime persiste assentada nos elementos de tipicidade, antijuridicidade e

587 Lei nº 8.429/92, art. 9º, inciso I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

588 Sistema desenvolvido no final do século XIX e início do século XX pela contribuição de vários juristas, dentre os quais se destacaram Von Liszt e Beling. Ainda que adotassem premissas metodológicas distintas, sua concepção formal de estruturação do delito consolidou o sistema tripartite (JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 270).

589 Para Roxin é necessário agregar à culpabilidade a necessidade preventiva da pena para criar o elemento de responsabilidade penal (ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 791).

590 Tal como concebido por Mezger, ao cindir tipicidade e antijuridicidade em um único elemento transposto por considerações normativas (RAMIREZ, Juan Bustos. *Introducción ao Derecho Penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Thémis, 1994. p. 149; ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. 2. ed. Traducción y notas de Diego Manuel Luzon Pena e Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 283.

culpabilidade⁵⁹¹. Bem por isso, a conduta penalmente típica é aquela que se subsume à descrição normativa, composta de elementos objetivos e subjetivos, sendo estes últimos tratados no Brasil nas categorias de dolo e culpa. A antijuridicidade, por seu turno, se faz presente ante a inocorrência de alguma das causas de justificação legais ou supralegais, razão por que corresponde ao elemento que evidencia o injusto da conduta incriminada. Finalmente, a culpabilidade implica reprovabilidade individual do ato, e por isso mesmo se encontra indissociavelmente ligada à capacidade do agente de compreender a ilicitude de sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento.

É certo que alguns rejeitam a presença da culpabilidade na estrutura do crime, posto que a mesma se refere ao agente, e não a sua conduta. Por consequência, sustentam que a culpabilidade seria apenas uma condição de punibilidade⁵⁹². Todavia, em sentido diametralmente oposto, alguns defendem que só existe crime se o sujeito ativo for culpável, vale dizer, se detiver capacidade de ser destinatário da norma penal, de modo que sem ela o fato constituirá apenas um injusto penal⁵⁹³. Precisamente por isso, em nossa percepção a culpabilidade é elemento do crime, eis que a norma penal somente pode ser cumprida ou violada por seus destinatários, vale dizer, por indivíduos capazes de compreender seu conteúdo e se comportar de acordo com tal entendimento. Densificando a situação, se um homem maior e capaz investe contra outro de faca em punho com o propósito de malferir sua integridade física, a depender da sede da pretendida lesão teremos a configuração de uma tentativa de homicídio. Por outro lado, se um touro bravo investe contra uma pessoa com o mesmo propósito de perfurá-la a chifradas isto jamais consistirá em tentativa de homicídio, precisamente porque inexistente culpabilidade. Aliás, sequer se cogitará de tipicidade penal precisamente porque a ausência de culpabilidade é manifesta. E para que o raciocínio fique ainda mais palatável, pode-se imaginar que alguém privado de suas faculdades mentais invista de faca em punho contra uma vítima. Naturalmente também não se poderá falar em crime, caso reste evidenciado a inimputabilidade do agente.

Por tudo isto resulta forçoso concluir que só é crime um injusto culpável, e ausente a culpabilidade restará igualmente ausente o delito, pois nessa hipótese o sujeito ativo deixa de ser destinatário da norma penal, ante sua incapacidade de determinar-se de acordo com o entendimento nela preconizado. Não se trata de exigibilidade de conduta diversa, posto que

591 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito*. Ob. cit., p. 193; BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 247; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 145.

592 DOTTI, Rene Ariel. Ob. cit., p. 338; JESUS, Damásio Evangelista de. Ob. cit., p. 133.

593 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 391.

nas hipóteses de excludentes de culpabilidade, tais como na inimputabilidade ou no erro de proibição, o agente não detinha razão ou capacidade para agir diferentemente. Bem por isso, reputar penalmente típica uma conduta nesse cenário importaria em autêntico rompimento com a estrutura do crime. Demais disso, mesmo sob o prisma normativista-funcionalista, a inocorrência de culpabilidade não retira a vigência da norma, uma vez que não se pode esperar cumprimento normativo por indivíduos que não foram concebidos como destinatários da norma jurídica.

Apesar de tudo quanto acima exposto, Ariel Dotti e Celso Delmanto advertem que na redação de variados dispositivos do CP brasileiro se vislumbra uma concepção dualista do delito, e por ela, basta que a conduta seja um ato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade mera condição de punibilidade⁵⁹⁴. Com efeito, na medida em que o legislador isenta de pena as hipóteses de exclusão de culpabilidade, acaba por revelar a culpabilidade como mera condição de punibilidade do delito. Nestes moldes, o CP brasileiro estatui a isenção da pena em favor daquele que atua em erro de proibição (art. 20), em favor do inimputável (art. 26), em favor daquele que se retrata antes da sentença, nos casos de calúnia ou difamação (art. 143), e ainda em prol do cônjuge, ascendente ou descendente nos crimes contra o patrimônio (art. 181). Assim, diante dos quatro exemplos ora assinalados, é razoável deduzir que a dogmática penal brasileira reputa criminoso os fatos que sejam típicos e antijurídicos, pouco importando sua culpabilidade.

Vale trazer ao debate o tipo penal da receptação no Brasil (CPB, art. 180), segundo o qual deverá ser punido com reclusão de um a quatro anos aquele que adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Caso o conceito de crime esteja sedimentado numa estrutura tripartite (conduta típica, antijurídica e culpável), inexistirá o delito de receptação se inimputável o agente da subtração da coisa, pouco importando se tal inimputabilidade deriva de menoridade ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Sucede que essa interpretação foi tangenciada pelo CP brasileiro através do §4º do art. 180, ao estatuir que “a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”. Entretanto, a partir de uma interpretação literal poder-se-ia ainda questionar a ilicitude da pretensa receptação porquanto o aludido §4º se reporta a crime anterior, e não a conduta anterior. Por derivação lógica, também nesse caso é possível inferir que o legislador compreendeu crime somente como

594 DOTTI, Rene Ariel. Ob. cit., p. 375. DELMANTO, Celso. Ob. cit., p. 125.

conduta típica e antijurídica, eis que se tivesse inserido a culpabilidade em tal conceito a subtração pretérita perpetrada por menor de idade não ostentaria a natureza de crime, e por derivação, a conduta do receptador que adquiriu o produto de tal subtração também seria penalmente atípica.

Relativamente ao tipo penal de branqueamento no Brasil, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, tipifica as condutas de ocultar ou dissimular bens ou produtos provenientes de infração penal (que pode ser um crime ou uma contravenção penal). Portanto, a partir das premissas acima observadas, que apontam para uma compreensão dicotômica de crime, ocorrerá branqueamento de capitais sempre que o ato anterior for um ato penalmente típico e antijurídico, pouco importando a culpabilidade ou a existência de qualquer condição de punibilidade no comportamento de origem. Além disso, o branqueamento guarda liame de acessoriedade limitada com o ilícito subjacente, tanto que, em relação a este, não se exige a presença da culpabilidade ou da punibilidade para completar o elemento típico daquele⁵⁹⁵. Aliás, a acessoriedade limitada ora referida é inferida a partir do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.613/98, segundo o qual será possível a persecução penal por branqueamento, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor da infração anterior. Destarte, mesmo que o autor do delito antecedente seja inimputável, ou que tenha atuado com erro de proibição inevitável, ou mesmo em situação de inexigibilidade de conduta diversa, ainda assim sua conduta será reputada como elemento típico do branqueamento⁵⁹⁶.

Nesse cenário, o dirigente de uma pessoa coletiva que comete um ato de apropriação indébita previdenciária, deixando de repassar ao fisco as contribuições previdenciárias descontadas dos funcionários, na fonte pagadora, e na sequência aplica tais numerários em ativos lícitos com a intenção de evitar a quebra da empresa, mas também para ocultar sua origem, terá cometido branqueamento de capitais, ainda que em favor dele seja admitida a inexigibilidade de conduta diversa do ato anterior. É que o desvio das contribuições previdenciárias para fins de salvar a pessoa coletiva pode até desculpar o dirigente empresarial quanto ao crime de apropriação indébita, mas não se mostra suficiente para descaracterizar o injusto da conduta subjacente. Bem por isso, basta que o fato seja típico e antijurídico para a materialização do elemento típico infração penal, seja no crime, seja na contravenção. Todavia, ficam naturalmente excluídos do conceito de infração penal os fatos penalmente atípicos, ou que sejam justificados.

595 BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit., p. 52; DE CARLI, Carla Veríssimo de. Ob. cit., p. 84; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 58.

596 PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 121.

É igualmente forçoso reconhecer que, no plano da tipicidade objetiva, algumas circunstâncias afastam a ocorrência do ilícito subjacente, tais como: a) inexistência de elemento típico, b) incidência de norma permissiva, c) erro de tipo inevitável ou evitável (quando não prevista a forma culposa). Portanto, presentes quaisquer delas, em princípio estará afastada a ocorrência do crime de branqueamento. E sob o prisma da tipicidade subjetiva, a inoccorrência de dolo ou culpa na conduta pretérita também afastará a tipicidade penal. Aliás, para além disso, há quem defenda a ideia de que o reconhecimento da insignificância do delito anterior impede a aferição do delito de branqueamento, isto porque a bagatela teria o condão de suprimir a tipicidade da conduta ao excluir a relevância do resultado. Nesse sentido já se posicionou o STF em alguns julgados⁵⁹⁷.

Relativamente às causas de justificação, é indubitoso que as mesmas excluem a natureza ilícita da conduta subjacente. Destarte, caso observada a presença do estado de necessidade, ou da legítima defesa, ou do estrito cumprimento do dever legal, ou do exercício regular do direito, ou ainda de alguma causa supralegal de exclusão de antijuridicidade, como em algumas hipóteses de consentimento⁵⁹⁸, restará neutralizada a materialidade do delito de branqueamento de ativos ilícitos. Aliás, ainda que se adote a ideia da tipicidade conglobante⁵⁹⁹ tais hipóteses afastam a ocorrência de branqueamento, eis que tal teoria apenas transforma algumas situações comumente reconhecidas como excludentes de antijuridicidade em excludentes de tipicidade (conglobante), mas as mantém ínsitas ao injusto penal.

Nessa trilha, seja por ausência de antijuridicidade, seja por ausência de tipicidade, inexistirá infração penal em tais hipóteses, e por isso mesmo restará igualmente afastado o branqueamento de capitais. Todavia, da mesma forma que as excludentes de culpabilidade não afetam a tipicidade do branqueamento, também não o fazem as excludentes de punibilidade. Por consequência, a morte do agente ou a prescrição do delito pretérito não geram efeitos em relação à existência material do crime de branqueamento, desde que reconhecido o seu caráter típico e antijurídico. De fato, dentre as hipóteses de extinção de punibilidade (CPB, art. 107), as únicas que retiram a natureza delitiva do comportamento anterior são a anistia e a *abolitio*

597 O STF já reconheceu a insignificância como excludente de tipicidade, em diversos julgados, dentre os quais no HC 98152/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 19.05.2009.

598 BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de direito penal. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 362; DOTTI, Rene Ariel. Ob. cit., p. 404.

599 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 549.

criminis, eis que suprimem a própria tipicidade penal do delito pretérito, ainda que operem tal efeito de forma retroativa⁶⁰⁰.

A reflexão também se impõe num cenário em que o delito subjacente tenha sido apenas tentado, e não consumado. Dispõe o § único do art. 14 do CPB que, “salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”, de modo que não se pode olvidar o caráter criminoso da tentativa, e por isso mesmo, se dela provier produto de valor econômico, e este vier a ser ocultado ou dissimulado por alguma das formas previstas na Lei nº 9.613/98, restará caracterizada a materialidade do delito de branqueamento. Ainda quanto ao tema, cumpre observar que há quatro etapas para a configuração de um delito: cogitação, preparação, execução, consumação. E segundo a doutrina dominante, a mera cogitação ou preparação (salvo em caso de atos preparatórios puníveis) é comportamento impune. Assim, não se poderá sustentar a ocorrência de branqueamento de ativos caso o agente receba de outrem valores para praticar crime, oculte os bens com fim de reciclagem, mas não deflagre a execução da conduta ilícita para a qual foi contratado. Pierpaolo Bottini ressalva apenas a hipótese da tentativa se referir a uma mera contravenção penal, e salienta que, nesse caso, será ele impunível, nos moldes do art. 4º do DL 3.688/41⁶⁰¹, entretanto, pelas razões já explicitadas linhas atrás, para o legislador brasileiro os elementos do delito são apenas a tipicidade e a antijuridicidade. Portanto, pouco importam a culpabilidade e a punibilidade da conduta.

Outra situação casuística abordada pela doutrina seria a do branqueamento em série, vale dizer, quando as vantagens ilícitas dissimuladas já derivam de uma anterior lavagem de ativos⁶⁰². Considerando que a lei brasileira já não adota qualquer rol específico de delitos antecedentes, qualquer infração penal que origine recursos espúrios pode dar causa ao branqueamento, entretanto, no caso específico do branqueamento em série, será necessário comprovar pelo menos a materialidade do branqueamento pretérito, e isso provavelmente exigirá a identificação do ilícito que a precedeu, de modo que a investigação penal seguramente será mais tormentosa, e deverá adotar a velha máxima “*follow the money*”. Com efeito, caberá aos investigadores, e depois deles aos agentes da persecução penal, demonstrar não apenas a cadeia causal entre o branqueamento sob investigação e o delito originário, mas igualmente comprovar a materialidade deste último ato de branqueamento, pois, do contrário, não se poderá falar em primeiro branqueamento, tampouco nos delitos dele pretensamente

600 PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 122; BONFIM, Edilson Mougén; BONFIM, Márcia Monassi Mougén. Ob. cit., p. 59.

601 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 102.

602 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 447-453.

derivados. Pontue-se, contudo, que o dolo do agente da última lavagem possa se limitar ao branqueamento da origem espúria das vantagens financeiras, pois ele não precisa conhecer o delito original.

Vale referir que, por mais que se admita a autonomia do crime de branqueamento, não se pode excluir por completo sua natureza acessória em relação ao delito subjacente, eis que depende da conexão causal com o ilícito precedente para se cristalizar⁶⁰³. Precisamente por isso é imperativo demonstrar não apenas a existência da infração antecedente, como ainda seu liame com as vantagens financeiras que serviram de objeto ao branqueamento⁶⁰⁴. Todavia, no aspecto eminentemente processual, o art. 2º, §1º da Lei nº 9.613/98 admite que o recebimento da petição inicial acusatória ocorra a partir de meros indícios da existência da infração antecedente, entretanto, a eventual condenação exigirá prova inequívoca da materialidade do delito subjacente, ainda que dispensada a identificação dos autores ou a punibilidade do crime⁶⁰⁵.

Para fins de prova inequívoca da infração precedente não se faz imprescindível uma sentença transitada em julgado, mas o juiz deve assinalar em sua sentença as razões pelas quais entende haver a prova além de qualquer dúvida razoável de que os ativos dissimulados efetivamente emanaram de origem ilícita. Bem por isso, será imprescindível que o julgador examine não apenas a eventual existência de outros processos que tenham apurado o delito subjacente, como ainda deverá aferir se neles ocorreu absolvição por inexistência do fato (CPP, art. 386, inciso I), por falta de provas da existência do fato (CPP, art. 386, inciso II)⁶⁰⁶, por não constituir o fato infração penal (CPP, art. 386, inciso III), ou por haver circunstâncias que excluam o crime (CPP, art. 386, inciso VI). Caso incidente qualquer uma destas hipóteses, será forçoso reconhecer a inocorrência do crime de branqueamento.

Todavia, se a sentença de absolvição tiver amparo em falta de autoria (CPP, art. 386, inciso IV), falta de provas da autoria (CPP, art. 386, inciso V), existência de circunstâncias que isentem o réu de pena ou dúvida sobre sua existência (CPP, art. 386, inciso VI), será possível a caracterização do branqueamento de ativos, desde que configurada a materialidade

603 PITOMBO, Antonio Sérgio de Moraes. Ob. cit., p. 110.

604 A infração penal antecedente é elemento essencial do tipo penal, razão por que a certeza de sua existência é imprescindível (D'ÁVILA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. In: Boletim IBCCrim. v. 7. n. 79, jun. 1999. p. 4-5).

605 SOUTO, Miguel Abel. Ob. cit., p. 213; MORAES, Luciana Furtado de. Ob. cit., p. 280. Quanto à necessidade de absoluta certeza da realização dos elementos do tipo penal de lavagem, dentre eles, a infração antecedente: TRF4, 8ª Turma, Apelação Criminal nº 5027685-35.2016.04.7000/PR. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/646509635/inteiro-teor-646509705>. Acesso em: 25.12.2022.

606 Mesmo que inexistir certeza da inocorrência do fato, essa decisão faz coisa julgada e impede a reapreciação do contexto fático-probatório prejudicial ao réu.

do delito subjacente. Saliente-se mais que a inexistência de processo ou julgamento sobre a infração penal pretérita não impede o reconhecimento de sua materialidade pelo juiz que apura o crime de branqueamento, contanto que o mesmo assinale as razões de sua convicção acerca da tipicidade e antijuridicidade do delito subjacente. É certo que no desempenho de tal missão o juiz deverá ter em conta a presunção da inocência e a carga probatória inerente à acusação no processo penal, mesmo porque a prova da tipicidade e da ausência de causas de justificação sobre o delito anterior persistem sendo ônus da acusação, e não podem ser substituídas por meras presunções.

Pierpaolo Bottini adverte que o mais recomendado seria o julgamento conexo da lavagem com seu antecedente, mas a inviabilidade processual dessa operação em certos casos, que pode ocorrer, por exemplo, se as instâncias de apuração forem distintas, ou se o delito antecedente já foi objeto de análise judicial, não impede o processamento autônomo da ação penal cujo objeto seja o crime de lavagem de capitais⁶⁰⁷. Não se discute que, em casos tais, a conexão poderá conduzir a situações absolutamente inusitadas, nomeadamente nos casos em que a infração penal pretérita tenha sido objeto de processo distinto daquele em que se apura o branqueamento, e isto poderá ocasionar decisões dispares entre si, tais como a condenação por branqueamento de ativos por um juízo, e o reconhecimento da inexistência da materialidade da infração antecedente por outro juízo. Nesse cenário hipotético, a segunda sentença poderá ser invocada como fato novo hábil a justificar a propositura de revisão criminal (CPP, art. 621, inciso III), bem assim a impetração de *habeas corpus*, caso já se tenha operado o trânsito em julgado, mas caso ainda não exaurido o prazo recursal, nada impede o manejo de recurso de apelação, inclusive utilizando a sentença absolutória do processo relativo ao delito subjacente como prova de fato superveniente (CPP, art. 616), e isto poderá influenciar no julgamento da segunda instância.

Caso já tenha sido superada a segunda instância na fase recursal, mas esteja pendente o julgamento de recurso especial (CF/88, art. 105, inciso III) ou recurso extraordinário (CF/88, art. 102, inciso III), conquanto não se permita legalmente a reavaliação da prova em qualquer um deles, a sentença penal absolutória relativa ao delito subjacente, mas há quem defenda a possibilidade de impetração de *habeas corpus* voltado ao trancamento da ação penal, e sob a invocação de falta de justa causa superveniente. Além disso, raciocínio idêntico se aplicará caso se verifique o posterior reconhecimento da atipicidade penal da conduta (CPP, art. 386, inciso III), ou mesmo em caso de reconhecimento de quaisquer das quatro hipóteses

607 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 103.

excludentes de ilicitude (CPP, art. 386, inciso V). Com efeito, caso exaurida a tipicidade penal ou a ilicitude da infração pretérita, naturalmente restará exaurido o crime de branqueamento, ainda que apurado em outro processo.

Considerando que, não raro, os crimes econômicos ignoram fronteiras, na hipótese de o delito subjacente ter se verificado no território de um Estado, e o branqueamento vier a se operar em outra jurisdição, impõem-se algumas cautelas⁶⁰⁸. Inicialmente se impõe verificar se a conduta relativa ao crime subjacente é reputada delitiva em ambas as jurisdições, pois caso contrário restará ausente o elemento infracional indispensável à caracterização do branqueamento. Frise-se, entretanto, que não é necessário que estejam presentes a culpabilidade ou a punibilidade, tampouco que a conduta configure infração antecedente de branqueamento em um país e não no outro⁶⁰⁹.

Caso o sujeito ativo tenha cometido crime financeiro em país estrangeiro e tenha ocultado ou dissimulado as vantagens ilícitas no Brasil, deverá ser processado por branqueamento de ativos ilícitos, ainda que o tal crime financeiro não seja antecedente de lavagem na jurisdição alienígena. De fato, é suficiente que naquela outra jurisdição seja reputada como injusto penal, isso porque no Brasil qualquer injusto penal pode figurar como antecedente da lavagem de ativos. Demais disso, o duplo injusto não exige identidade completa entre normas penais ou de *nomen iuris*, mas apenas tipos penais com elementos semelhantes que tutelem um bem jurídico comum⁶¹⁰.

A segunda cautela que se impõe é verificar se houve decisão judicial definitiva sobre os fatos subjacentes na jurisdição alienígena, pois deverá o julgador brasileiro sopesar-lhe o conteúdo e as conclusões adotadas pelo magistrado estrangeiro, sobretudo porque na hipótese do julgador estrangeiro ter declarado a atipicidade ou a juridicidade da conduta no exterior, naturalmente restará esvaziada a imputação de branqueamento, tal como formulada no Brasil. Entretanto, excetuando tal circunstância, a valoração do julgador estrangeiro sobre provas ou circunstâncias outras do delito subjacente não terá o condão de vincular o julgador brasileiro, ainda que deva ser por ele levada em conta na formação do seu livre convencimento⁶¹¹.

Sucede que não basta a existência de um delito antecedente, pois se este não tiver gerado recursos a serem dissimulados, não haverá motivos para cogitar sobre a ocorrência do crime de branqueamento. Blanco Cordero adverte que o objeto material é aquele sobre o qual

608 CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 388 e 930.

609 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 59.

610 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 40.

611 PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 124.

recai o comportamento ilícito, que nem sempre se confunde com o bem jurídico tutelado pela norma penal⁶¹². Enquanto o objeto material, com frequência, integra o tipo penal, o bem jurídico apenas orienta a interpretação normativa, mesmo que não figure expressamente na descrição do comportamento vedado. Bem por isso, o objeto material do crime de branqueamento corresponde aos bens, direitos e valores oriundos do delito subjacente.

Cumpramos observar que os contornos do objeto material do branqueamento foram fixados de forma bastante ampla pela Convenção de Palermo, a qual reconhece como tais os ativos de qualquer tipo, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos (art. 2º, d)⁶¹³. Na mesma esteira seguiu a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual incorporou a definição da normativa internacional já aludida, mas acrescentou ao conceito de bens os “documentos legais e outros instrumentos, independentemente da forma que assumam, incluindo eletrônica ou digital, comprovativos desses ativos ou dos direitos a eles relativos” (art. 3º, nº 3)⁶¹⁴. Daí se infere que bens são todas as coisas que carregam consigo alguma espécie de valor⁶¹⁵.

Pondere-se que somente os bens ou vantagens oriundas da infração penal, ainda que indiretamente, poderão ser objeto de branqueamento. Destarte, somente o proveito do crime pode ser objeto de lavagem, seja de proveniência direta (*producta sceleris*), seja de proveniência indireta (*fructus sceleris*). Blanco Cordero e Tigre Maia, dentre outros, esclarecem que os bens diretamente provenientes da infração são aqueles com liame imediato com o delito subjacente, tal qual o dinheiro roubado, ao passo que os bens indiretamente provenientes são os que resultarem da transformação ou substituição dos originais, e assim se configuram como decorrência mediata ou indireta do crime pretérito, tal qual se observa no imóvel adquirido com o dinheiro de corrupção, ou com os rendimentos e lucros da aplicação do valor original⁶¹⁶. Portanto, o objeto material do branqueamento será o fruto do crime

612 CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 314-320.

613 No mesmo sentido, a Convenção de Viena (art. 1º, “c”) e a Convenção de Mérida (art. 2º, “d”).

614 A Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da UE manteve praticamente a mesma redação.

615 O conceito abrange valores e direitos, tornando a menção aos dois últimos desnecessária. Nesse tocante, Bottke adverte que o bem não é apenas coisa material, mas “*cualquier cosa que puede ser incorporada a un derecho transmisible. (...) Es todo aquello que sirve de “objeto de derecho” porque al ser objetivado em um derecho transmisible puede adquirir valor de cambio en el mercado*” (BOTTEKE, Wilfried. *Mercado, criminalidade organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. In: Revista Penal. n. 2, 1998. p. 4. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/74506529.pdf>. Acesso em: 26.12.2022. No mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 78; PITOMBO, Antônio Sérgio Morais. Ob. cit., p. 106.

616 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 61; BONFIM, Edilson Mougén; BONFIM, Marcia Monassi Mougén. Ob. cit., p. 42; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Morais. Ob. cit., p. 107; BARROS, Marco Antônio. Ob. cit., p. 77.

antecedente, ou de “qualquer bem ou valor que constitua proveito aferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CPB, art. 91, inciso II, “b”).

Aliás, na mesma trilha seguiu a Convenção de Mérida ao apontar como objeto do branqueamento “bens de qualquer índole derivados ou obtidos direta ou indiretamente da ocorrência de um delito” (art. 2º, “e”). Mas se é certo que os frutos do crime constituem objeto da lavagem, o mesmo não se pode afirmar em relação ao instrumento do delito subjacente, eis que sua existência não guarda relação de causa e efeito com o crime, notadamente porque já integravam a esfera de disponibilidade do sujeito ativo antes mesmo do cometimento do crime que precedeu ao branqueamento⁶¹⁷. Portanto, os instrumentos usados para a perpetração do tráfico de drogas não podem ser reputados como objeto da lavagem de ativos, mesmo que sejam ocultados ou transformados em ativos lícitos após a prática do crime.

Ainda a propósito dos limites do objeto material, é oportuno lembrar que, para a configuração do delito de branqueamento, é preciso que se verifique não apenas um crime antecedente, mas que este dê origem a vantagens ilícitas e que precisamente estas sejam objeto da ocultação ou da dissimulação subsequente⁶¹⁸. Naturalmente caberá aos órgãos de persecução penal produzir a prova do liame objetivo entre o produto do delito pretérito e a conduta caracterizadora do branqueamento. Para tanto, a doutrina costuma apontar alguns critérios, e o primeiro deles é o da causalidade, de modo que deve ser demonstrado que os bens não existiriam, tampouco estariam disponíveis ao branqueador, caso inócurre o delito subjacente. Se tal aferição se revela fácil quando o delito pretérito tem natureza patrimonial, ou mesmo quando se trata de um crime contra a administração pública, como a corrupção passiva, o mesmo não se pode afirmar em relação aos crimes nos quais a identificação do produto é de difícil constatação como, por exemplo, nos casos de certas fraudes à licitação ou crimes contra a ordem econômica, tais como a formação de cartel (Lei nº 8.137/90, art. 4º).

Relativamente ao delito de fraude à licitação, tal como estatuído no art. 90 da Lei nº 8.666/93, o produto do ilícito poderá consistir na totalidade do valor auferido junto ao Poder Público pela execução do contrato, mas somente se demonstrado que a fraude foi essencial para a adjudicação do contrato. Entretanto, caso existam provas de que o licitante fraudador detinha condições de ganhar a licitação, seja por meio de uma oferta de preço mais convidativa, seja oferecendo mercadorias de melhor qualidade, a vantagem ilícita

617 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 351-352.

618 “No basta solo com la prueba de un delito previo, sino tambien há que probarse que los bienes proceden del mismo” (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 428).

corresponderá apenas à diferença entre o lucro efetivamente obtido por força da fraude, e o lucro legítimo que seria obtido caso inexistisse o cartel. Naturalmente isso não se revela tarefa fácil, mas não se pode deixar de considerar igualmente a distribuição equitativa da carga probatória, eis que ante a prova da fraude caberá ao licitante fraudador o ônus de demonstrar que poderia ter vencido o certame de forma lícita, e que daí obteria lucros legítimos em determinado patamar.

Em casos desta espécie é usual adotar como parâmetro de aferição a média de lucro de pessoas coletivas que atuam no mesmo segmento de mercado, e em condição semelhante à do licitante fraudador. Aliás, Paula Martinez adverte que, no âmbito administrativo da defesa da concorrência, é corriqueiro o debate sobre os parâmetros mais adequados para identificar as vantagens obtidas por empresas que formam cartéis, inclusive por se tratar de critério essencial para a dosimetria da pena naquele âmbito, por força do art. 37, inciso I da Lei nº 12.529/2011⁶¹⁹.

No mesmo sentido, a Lei nº 12.846/2013 (que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira) estabelece ser necessário identificar o produto do ilícito, bem como a vantagem auferida, para fixar a dosimetria da pena a ser imposta. Com efeito, o art. 7º do aludido diploma dispõe que serão levados em consideração na aplicação das sanções: a) a gravidade da infração; b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; c) a consumação ou não da infração; d) o grau de lesão ou perigo de lesão; e) o efeito negativo produzido pela infração; f) a situação econômica do infrator; g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; h) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesada.

Demais disso, o art. 6º do mesmo diploma assinala que na esfera administrativa serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos tipificados na multicitada norma, as penas de: a) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; b) publicação extraordinária da decisão condenatória. Por outro lado, a aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a

619 Sobre os critérios adotados pelo CADE: MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a Cartéis. São Paulo: Singular, 2013. p. 153-154.

obrigação da reparação integral do dano causado (§3º), e quanto à multa, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$6.000,00 (seis mil reais) a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), tudo nos moldes do §4º do art. 6º da indigitada Lei nº 12.846/2013.

Vale agregar ainda que a multicitada Lei Anticorrupção foi regulamentada inicialmente pelo Decreto nº 8.240/2015, o qual veio a ser revogado pelo Decreto nº 11.129/2022, cujo art. 26 dispõe que “o valor da vantagem auferida ou pretendida corresponde ao equivalente monetário do produto do ilícito, assim entendido como os ganhos ou os proveitos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica em decorrência direta ou indireta da prática do ato lesivo. Demais disso, assinala o § 1º do mesmo dispositivo que o valor da vantagem auferida ou pretendida poderá ser estimado mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes metodologias: a) pelo valor total da receita auferida em contrato administrativo e seus aditivos, deduzidos os custos lícitos que a pessoa jurídica comprove serem efetivamente atribuíveis ao objeto contratado, na hipótese de atos lesivos praticados para fins de obtenção e execução dos respectivos contratos; b) pelo valor total de despesas ou custos evitados, inclusive os de natureza tributária ou regulatória, e que seriam imputáveis à pessoa jurídica caso não houvesse sido praticado o ato lesivo pela pessoa jurídica infratora; ou c) pelo valor do lucro adicional auferido pela pessoa jurídica decorrente de ação ou omissão na prática de ato do Poder Público que não ocorreria sem a prática do ato lesivo pela pessoa jurídica infratora. Portanto, na medida em que se exige para fins de dosimetria de pena, mesmo na esfera administrativa, a identificação do produto de práticas de cartel ou de corrupção, é razoável inferir que tal exigência também se mostre presente na seara criminal, onde maiores devem ser as garantias processuais do acusado. Portanto, o produto do branqueamento em tais delitos não será a totalidade do rendimento obtido na fraude, mas tão somente a parcela de lucro ilícito que se originou da conduta fraudulenta.

Raciocínio semelhante é desenvolvido por Blanco Cordero⁶²⁰ quando alude à mescla de valores lícitos e ilícitos num processo de branqueamento, tal como a hipótese em que um político corrupto adquire um imóvel ou um carro de luxo, e realiza o pagamento de metade do valor do bem com numerário de origem espúria, mas integraliza a outra metade com recursos obtidos licitamente. Imagine-se ainda que tal bem sofra uma valorização repentina, e que seja vendido pelo agente público corrupto. Caso adotada uma aferição de mera causalidade a conclusão que se alcança é que a totalidade da cifra obtida com a venda do bem estaria

620 Crítico quanto a tal concepção: CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 439.

maculada, eis que somente o emprego do capital sujo propiciou a compra do mesmo, bem como a subsequente revenda lucrativa. Nessa linha de raciocínio, se o bem foi comprado por meio milhão de reais e vendido por um milhão de reais, a contaminação alcançaria 50% (cinquenta por cento) do valor pago na compra (R\$250.000,00) e mais a totalidade do lucro obtido com a revenda (R\$500.000,00). Portanto, três quartos do valor da venda lucrativa do bem estariam maculados pela operação de branqueamento.

Mougenot Bonfim, a exemplo de outros expoentes da doutrina estrangeira, entende que o raciocínio acima desenvolvido representaria uma desproporcional expansão da incidência da norma penal incriminadora do branqueamento, e por isso mesmo propõe que seja avaliada a relação dos bens com o crime antecedente, sob a perspectiva da proporcionalidade, pautada pela ideia da contaminação parcial. Sustenta o jurista que os bens oriundos da mistura de capital lícito com ilícito somente são contaminados na proporção do valor de dinheiro sujo nela envolvido⁶²¹. Destarte, sob a ótica de Mougenot Bonfim e Blanco Cordero somente a metade do lucro derivado da venda do bem estaria contaminada, o que reduziria o alcance do objeto material do branqueamento a apenas R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). *Data maxima venia*, o raciocínio de tais juristas não parece adequado, seja porque o lucro ilícito somente existiu graças à injeção de capital espúrio, seja porque para contaminar o conteúdo de um copo de bebida não é preciso que metade dele esteja preenchido com cianureto. Aliás, por pequeno que seja o percentual o conteúdo total da bebida estará maculado e poderá conduzir a morte de quem vier a consumi-lo.

Certa parcela da doutrina brasileira se inclina em prol do mesmo raciocínio de contaminação parcial diante da hipótese de mescla de capitais lícitos e ilícitos na compra de bens fungíveis, especialmente quando se mostra impossível identificar quais os percentuais das frações legítimas e ilegítimas. Para cristalizar seu raciocínio, Bottini hipotetiza que um servidor corrupto receba cem mil reais de suborno e outros cem mil reais por força de uma herança legítima, e uma vez reunidos os capitais venha a gastar a metade do numerário na compra de um imóvel, mas transfira a outra metade para uma conta *offshore* no exterior em nome de empresa de terceiros. Nesse cenário, entende o festejado jurista que só ocorrerá branqueamento da metade do dinheiro que derivou da corrupção, e que por isso caberá aos

621 No sentido de que apenas os bens provenientes do delito são objeto material da lavagem (BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 43). Sustentando tese em sentido contrário, Blanco Cordero assinala que “*el ingreso de una sola peseta en la cuenta bancaria contagiaria a la totalidad del dinero ingresado, por lo que una sola unidad podria contaminar millones*” (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 353-354).

órgãos de persecução provar que o dinheiro transferido para a *offshore* seja precisamente aquele que derivou do crime de corrupção passiva⁶²².

O raciocínio não poderia ser mais falacioso, seja porque no mundo contemporâneo, até mesmo o dinheiro que transita pelo circuito bancário oficial não passa de impulsos elétricos contabilizados, seja porque conferir legitimidade à mescla proposital realizada pelo agente público criminoso seria o mesmo que premiar-lhe a torpeza, isto em natural acinte ao preceito “*venire contra factum proprium*”. Aliás, é oportuno trazer à colação que o próprio Blanco Cordero, inobstante seja simpático à teoria da contaminação parcial, admite que nos casos em que o agente usa da mescla de patrimônio lícito com ilícito, justamente para limpar a parcela suja do patrimônio, até mesmo a fração de origem lícita finda contaminada, e por isso mesmo também se converte em produto do branqueamento⁶²³.

Argumenta-se ainda que tanto a Convenção de Viena, de 1988, quanto a Convenção de Palermo, de 2000, estariam a recomendar a necessidade de separação entre vantagens lícitas e ilícitas. Ocorre que em momento algum o art. 6º, alínea “b” da Convenção de Viena sugere aos órgãos estatais de persecução penal que assumam a responsabilidade de “decantar” o numerário sujo do recurso de origem legítima. Na verdade, tal dispositivo recomenda o confisco por estimativa da vantagem ilícita misturada, mas para tanto caberá ao acusado o ônus de provar a origem lícita do numerário por ele empregado na operação financeira, ou na operação de compra de bem que esteja sob suspeita. E quanto ao art. 31, nº 5, da Convenção de Palermo, tal dispositivo assinala que “quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão”. Portanto, o ônus dos órgãos de persecução penal é estabelecer prova além da dúvida razoável de que a operação financeira ou aquisição imobiliária está contaminada por capital de origem espúrio, advindo de um crime subjacente, assim como caberá à defesa do arguido provar não apenas que houve injeção de capital lícito, como provar o alcance monetário deste capital lícito. Com efeito, sustentar o contrário implicaria em atribuir órgão acusador o ônus da prova impossível. Além disso, compete à defesa técnica do réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que sustentou em sua peça de rebate.

Relativamente à extensão das vantagens espúrias decorrentes do crime subjacente, há certo debate doutrinário se o objeto material do branqueamento seria o lucro bruto da atividade ilícita, ou apenas o lucro líquido. Novamente invocando o magistério de Blanco

622 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 109.

623 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 354.

Cordero, imagine-se um traficante de drogas que compra entorpecentes por €1.000,00 (um mil euros) e os vende por €3.000,00 (três mil euros). Nessa hipótese o lucro bruto será de €3.000,00 (três mil euros), mas o lucro líquido se resumirá a €2.000,00 (dois mil euros)⁶²⁴. Entende o jurista espanhol que os ganhos brutos são objeto do delito, eis que oriundos do crime antecedente e a lei não estabelece qualquer restrição⁶²⁵. Nessa mesma esteira se posiciona o jurista brasileiro Pierpaolo Bottini⁶²⁶, o qual ressalva seu entendimento quanto à mescla de capitais lícitos e ilícitos, mas reconhece que na hipótese proposta por Blanco Cordero “os bens limpos não são aplicados em conjunto com os sujos em operações lícitas, mas são investidos em atividades ilegais, cujo resultado está maculado por completo”. Daí conclui que os ganhos brutos provenientes do ilícito podem ser objeto de lavagem de dinheiro.

Ainda a propósito do objeto material do branqueamento, vale alguma reflexão sobre as situações em que crimes contra a ordem tributária figuram como delitos subjacentes, inclusive por dicção expressa de normas internas de diversos Estados⁶²⁷. Com efeito, em tal situação podem surgir algumas dificuldades, ora dogmáticas, ora pragmáticas. E para melhor evidenciá-las examinaremos a questão da existência ou eventual constatação do produto de tais crimes, bem assim algumas peculiaridades da ocultação ou da dissimulação nesse âmbito de criminalidade. Acerca do produto, Quintero Olivares assinala que os crimes contra a ordem tributária não são passíveis de figurar como subjacentes ao branqueamento porque não geram recursos⁶²⁸, e para tanto argumenta que as vantagens normalmente obtidas com tais delitos importam em ausência do dever de pagamento de tributos e, portanto, já compõem licitamente o patrimônio do sonegador.

Ao que parece, tal percepção foi incorporada na Exposição de Motivos do Poder Executivo que compunha o projeto de lei voltado à incriminação do branqueamento no Brasil,

624 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 452.

625 Embora reconheça que a jurisprudência espanhola trabalha com a ideia da proporcionalidade da perda dos bens decorrentes do investimento do produto do crime, Bermejo se posiciona no mesmo sentido (BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 269 e 299). Em sentido contrário, defendendo que apenas os ganhos líquidos podem ser objeto de lavagem de dinheiro (ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 177).

626 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 111.

627 Na seara internacional, alguns países admitem expressamente os crimes fiscais como antecedentes da lavagem de dinheiro, uns por decisão judicial, tais como França e Itália, outros por previsão legal expressa, tais como Bélgica e Alemanha, mas mesmo em tais países limitam-se os antecedentes aos crimes fiscais graves ou de determinada natureza (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 492; CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 13, 2011. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>. Acesso em: 26.12.2022).

628 QUINTERO OLIVARES, Gonçalo. *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*. In: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. n. 698. Madrid: Aranzadi, 2006. p. 5.

(EM 692/MJ/1996), tanto assim que nela restou consignado que “(...) o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal” (item 34). Portanto, resta evidente que a Lei nº 9.613/98, em sua redação originária, não incluiu os delitos fiscais como crimes antecedentes porque os mesmos não geram acréscimo ilícito ao patrimônio do sonegador, ainda que o objeto material corresponda ao *quantum* economizado pelo não pagamento do tributo devido.

Em contraponto, na ótica de Blanco Cordero, o raciocínio supra revela alguma falibilidade, pois os crimes contra a ordem tributária normalmente produzem resultado material, e por isso geram produto⁶²⁹. Relembra a jurista espanhol que a sonegação pode se operar através do recebimento de restituições pecuniária da fazenda pública, ou ainda através da manutenção de recursos que deveriam ter sido pagos ou transferidos, sempre por meio das condutas típicas de crimes tributários (Lei 8.137/90). Tais cifras representam o produto do delito, e relativamente aos delitos fiscais omissivos, é forçoso reconhecer que parte do patrimônio do contribuinte se converte de lícita em ilícita, ainda que todos os bens tenham origem legítima. Em verdade, opera-se uma conversão qualitativa de parcela do patrimônio, que deixa sua natureza regular e passa a ostentar a mácula de produto do crime⁶³⁰. Além disso, sustentar que o delito tributário não gera produto apenas porque os bens já integravam o patrimônio do contribuinte de forma lícita pode conduzir o intérprete a situações absolutamente frágeis sob a perspectiva político-criminal. Para tanto, basta considerar hipoteticamente que um agente público concorde em praticar ato de ofício que isente o pagamento de uma multa de valor significativo, devida por uma pessoa coletiva, e em troca

629 Sobre a admissibilidade da quota tributária como bem: CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 507.

630 Blanco Cordero aponta diversos precedentes da jurisprudência espanhola em que a cota defraudada é o objeto do crime de lavagem de dinheiro (537, STS 974/2012), desde que indicada qual a cota tributária relativa ao exercício fiscal (STS 182/2014). (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 507). No mesmo sentido aponta o Considerando nº 11 da Diretiva nº 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da UE: “É importante salientar expressamente que os ‘crimes fiscais’ relacionados com impostos diretos e indiretos estão incluídos na definição geral de ‘atividade criminosa’ prevista na presente diretiva em consonância com as Recomendações revistas do GAFI. Atendendo a que diferentes infrações fiscais podem ser designadas em cada Estado-Membro como configurando uma «atividade criminosa» punível com as sanções referidas no artigo 3º, nº 4, alínea ‘f’, da presente diretiva, as definições de crimes fiscais existentes no direito nacional podem ser divergentes. Embora não se pretenda harmonizar as definições de crimes fiscais no direito nacional dos Estados-Membros, estes deverão autorizar, em toda a medida do possível no respetivo direito nacional, a troca de informações ou a prestação de assistência entre Unidades de Informação Financeira (UIF) da UE”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=DA>. Acesso em: 26.12.2022.

obtenha o perdão de uma dívida de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) que detenha junto à mesma pessoa coletiva ilicitamente beneficiada. Ora, mesmo que o patrimônio do aludido agente público tenha origem integralmente lícita, ainda assim a fração correspondente a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) terá se convertido em patrimônio espúrio, eis que advinda de uma conduta criminosa. Aliás, a mera origem lícita de bens ou de numerário não configura óbice à sua conversão em vantagem ilícita por força de uma atuação criminosa. Isso se verifica não apenas nos casos de corrupção, como igualmente nas hipóteses de apropriação indébita, onde o bem ingressa no patrimônio individual de modo lícito, mas perde tal característica por força de uma ilicitude subsequente.

Diante do exposto, as cifras sonegadas ao fisco nos crimes tributários efetivamente constituem produto do delito, contudo, a prevalecer o patamar monetário fixado no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, ou mesmo estatuído pela Portaria nº 75 da Advocacia-Geral da União⁶³¹, é possível argumentar que a eventual sonegação fiscal de até R\$20.000,00 (vinte mil reais) estaria acobertada pelo princípio da insignificância, e por consequência, a ausência de recolhimento de tributo devido até tal patamar seria conduta penalmente atípica, e por isso mesmo não poderia figurar como objeto do crime de branqueamento. Por igual, sendo descoberta uma conduta de sonegação fiscal em cifra superior a R\$20.000,00 (vinte mil reais), e vindo o sonegador a efetuar o pagamento da dívida, alcança o efeito da extinção de punibilidade, e assim retira o caráter ilícito dos bens em questão, exaurindo-os como objeto material de branqueamento. Com efeito, o problema que se observa em crimes contra a ordem tributária não reside propriamente na existência ou inexistência de produto do crime, mas sim de necessidade de individualizar quais seriam os valores provenientes do delito anterior, e que tal dissimulação se operou depois da consumação do delito pretérito.

Conclusivamente se observam três pontos que merecem destaque: a) não basta ao crime de branqueamento a identificação da vantagem ilícita oriunda do crime subjacente, e que veio a sofrer um ato de ocultação subsequente, sendo indispensável demonstrar o nexo de causalidade entre ambos, contudo, Conde-Pumpido Touron e Silveira da Rosa advertem que, majoritariamente, o produto dos crimes contra a ordem tributária é dinheiro, que deixou de ser

631 O Superior Tribunal de Justiça, com fulcro no art. 20 da lei 10.522/2002, reconhece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, nos casos em que o débito tributário não ultrapasse o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais). (Disponível em: <https://apet.org.br/artigos/o-valor-maximo-para-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-caso-de-crimes-tributarios/>. Acesso em: 26.12.2022). Contudo, considera-se como valor para apuração da insignificância a quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais), em decorrência da Portaria 75/12, da Advocacia-Geral da União, que prevê o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional iguais ou inferiores a esse valor (Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2012/mudancas-no-ajuizamento-de-execucoes-fiscais-pela-pgfn>. Acesso em: 26.12.2022).

pago ou transferido, e que ante sua natureza fungível não pode ser separado do resto do patrimônio do contribuinte, e em tal circunstância, ou bem o sonegador dissimulou grande parte de seus bens a ponto de ser impossível identificar que apenas valores lícitos participaram da operação, ou terá havido somente crime contra a ordem tributária, sem o posterior branqueamento⁶³²; b) o crime tributário somente se considera consumado, segundo entendimento cristalizado pela Suprema Corte do Brasil, quando do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante nº 24, do STF), razão por que qualquer ato de dissimulação de recursos antes daquele momento administrativo não caracteriza o delito de branqueamento, eis que anterior à consumação do delito de sonegação⁶³³; c) em geral, os crimes contra a ordem tributária têm como elemento típico um ato de ocultação de patrimônio, para evitar o pagamento do tributo devido, e por isso mesmo, visando afastar o *bis in idem*, a eventual dissimulação do numerário não pode ser implementada pelo mesmo *modus operandi* da sonegação.

Ainda acerca do tipo objetivo do branqueamento, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 assinala, como elemento central, o ato de ocultar ou dissimular os bens havidos de um delito subjacente, naturalmente que para livrá-los do alcance da administração da Justiça. O dispositivo assinala duas condutas diferentes (ocultar e dissimular), ainda que submetidas a uma sanção penal idêntica. Por isso, em se tratando de delito de ação múltipla, o eventual cometimento de qualquer das condutas já consome o delito, e por isso mesmo não se pode admitir concurso de delitos se o agente oculta e dissimula os mesmos bens⁶³⁴. Nesse sentido, Aníbal Bruno pondera que as ocultações e dissimulações sequenciais, sobre o mesmo objeto, ou sobre os que resultarem de sua transformação ou substituição, consistem no mesmo processo de branqueamento. Bem por isso, os atos posteriores absorvem os primeiros, que se tornam condutas-meio, e por isso mesmo, impuníveis, eis que perdem sua autonomia na medida em que representam mero momento de preparação do processo unitário, embora complexo, do fato principal, ação de passagem, apenas, para a realização final⁶³⁵. Portanto,

632 Nesse sentido: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *El delito antecedente en el blanqueo de capitales*. In: Jornadas de especialistas en delitos económicos. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 2015. p. 15; ROSA, Rodrigo Silveira da Rosa, A sonegação fiscal com crime antecedente. In: Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre. v. 15. n. 90, fev./mar. 2015. p. 29.

633 Ao contrário do que ocorre em outros países, tal qual a França, onde a denúncia da administração tributária na seara administrativa é condição de procedibilidade da fraude fiscal, de forma que não é necessário aguardar qualquer providência administrativa para o reconhecimento do ilícito tributário e da lavagem de dinheiro dele decorrente 9CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 495).

634 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 65; BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 60; NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 827.

635 Ao tratar dos antefatos puníveis, Aníbal Bruno usa definição que parece adequada ao processo de lavagem, embora não se refira a ele (BRUNO, Aníbal. Ob. cit., p. 260).

inexistirá continuidade delitiva ou pluralidade de delitos, mas sim um único ato de branqueamento de ativos, ainda que sua materialidade seja renovada a cada nova conduta.

Há consenso doutrinário no sentido de que ocultar implica esconder, retirar de circulação, subtrair da vista⁶³⁶, e por isso mesmo sua consumação se dá por meio de simples encobrimento, desde que praticado com a intenção de converter a vantagem de origem espúria em ativo com aparência de licitude. Exemplos da ocultação se verificam tanto através do fracionamento dos valores obtidos para movimentação de pequenas quantias incapazes de chamar a atenção das autoridades públicas, ou mesmo para inibir o dever de comunicação necessária pelas instituições obrigadas aos deveres de prevenção⁶³⁷, quanto através do depósito de cifras em contas bancárias pertencentes a terceiros. A dissimulação, por seu turno, se realiza por meio de ato, ou conjunto de atos posteriores à ocultação, entretanto, alguns autores, dentre os quais Guilherme Nucci, que entendem tratar-se de uma ocultação mediante ardil⁶³⁸, ou mesmo como um segundo momento do íter do branqueamento⁶³⁹.

Portanto, o ato de dissimular representa um movimento voltado ao distanciamento entre a vantagem ilícita e sua origem espúria, naturalmente para acentuar o escamoteamento dos ativos ilícitos, e com isso tornar ainda mais remota a possibilidade de que sejam eles rastreados pelas autoridades de investigação ou da persecução penal. Quanto maior for a complexidade das operações de idas e vindas no circuito financeiro ou comercial, mas difícil se tornará o rastreio da vantagem ilícita e o estabelecimento de liame de causa e efeito entre ela e o delito subjacente.

Exemplificativamente, opera-se a dissimulação através de sucessivas movimentações entre contas-correntes, preferencialmente entre jurisdições diversificadas, e envolvendo valores os mais díspares, em nome de destinatários variados, que podem ser pessoais, reais, ou indivíduos artificialmente criados no mundo jurídico por meio de documentos falsos. Além disso, a dissimulação pode ocorrer através de compra e venda sequencial de imóveis (ou outros bens de luxo), por valores artificiais, bem como a formalização de operações de empréstimos fictícios, nos quais o tomador é o real titular da soma que obteve por meios ilícitos, como se o dinheiro estivesse saindo de um bolso e ingressando no outro bolso da

636 BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 77; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 194; SOUTO, Miguel Abel. Ob. cit., p. 156.

637 PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 31.v. 6, São Paulo: Síntese, abr./mai. 2005. p. 4.

638 BARROS, Marco Antonio de Barros. Ob. cit., p. 76; NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 827.

639 BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 76.

calça do mesmo indivíduo, mas sempre com o propósito de conferir verniz de legitimidade aos bens ou vantagens de origem criminosa.

Consoante o magistério de Sérgio Moro, para a configuração do crime do *caput* do art. 1º, é necessária a caracterização de atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime, pois a mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação, não configura o tipo do *caput*⁶⁴⁰. Na mesma esteira, Blanco Cordero adverte que se o agente utiliza o capital procedente da infração para comprar imóvel, bens, ou o deposita ou transfere para conta corrente, em sua própria jurisdição ou em jurisdição estrangeira, em nome próprio⁶⁴¹, ou em empresas, fundações ou *trusts* nas quais consta abertamente como instituidor, não existirá o crime de branqueamento, eis que a mera fruição do produto do crime pretérito não configura fato típico autônomo⁶⁴². Com efeito, aquele que se propõe a praticar um delito patrimonial assim o procede com o natural escopo de gastar, em proveito próprio, os bens ou recursos obtidos por meio de sua rapinagem. Portanto, o mero aproveitamento do produto do delito antecedente é reputado ato irrelevante para a administração da Justiça.

Gutierrez Rodrigues considera distintos os atos de consumir o produto ilícito e de investi-lo com o fim de prosseguir ou renovar a empreitada criminosa. Aduz o jurista que a jurisprudência espanhola estabelece a diferença e com base nela reputa a segunda conduta como branqueamento de capitais⁶⁴³. Portanto, o indivíduo que compra uma passagem para viagem turística, se valendo de dinheiro de origem ilícita, não estaria praticando ocultação, mas o criminoso que usa os recursos obtidos ilicitamente em crime pretérito para o transporte

640 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 29-31.

641 Blanco Cordero pondera que o depósito em conta de terceiro com o mesmo sobrenome do agente, pode afastar a materialidade da lavagem de dinheiro, se desacompanhada de qualquer outro ato que revele a intenção de ocultar: *“La cuestión de un apelido comum es importante, porque el deposito de fondos en la cuenta de un conyuge o hijo, sin más, es en general insuficiente para apoyar una condena, mientras que el depósito de fondos en la cuenta de una novia se ha considerado suficiente”*. (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 667).

642 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Ob. cit., p. 69; ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. Ob. cit., p. 177; FARALDO CABANA, Patrícia. *Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales*. In: *Estudios Penales y Criminológicos*. n. 34. jul. 2014. p. 51. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1898>. Acesso em: 27.12.2022. Nesse sentido se posicionou o TRF4 (Proc. nº 1999.70.00.013518-3/PR, 7ª. Turma, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, DJ 05.07.2007: “Nem seria razoável ou proporcional tornar típica e conduta de gastar o dinheiro do crime, porque consequência normal e objetivada desde o início pela conduta criminosa (...). Não se pune o gastar do dinheiro do crime, pós-fato impunível e natural ao agir desde o início planejado pelo criminoso. Pune-se a conduta da lavagem, a transformação dissimulada do ilícito. Daí porque penso que gastar despesas próprias não é ato de esconder ou dissimular dinheiro ilícito”.

643 Criticando tal posição jurisprudencial: GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales*. In: *Revista General de Derecho Penal*. n. 24. Madrid: Iustel, 2015. p. 9. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416652. Acesso em: 27.12.2022.

de drogas, este sim, estaria atuando como branqueador. Demais disso, a redação do dispositivo incriminador, segundo a Lei nº 9.613/98, não exige qualquer complexidade ou sofisticação dos atos de ocultação ou dissimulação das vantagens ilícitas. Aliás, o próprio STF já proclamou que, “quer o fato retrate modalidade tosca e elementar de lavagem do dinheiro sujo, quer materialize momento inicial de um processo mais complexo a desenvolver”, basta o escamoteamento à tipicidade a ocultação ou dissimulação⁶⁴⁴. Portanto, o mero ato de ocultar os bens ou movimentá-los, com o fim de enganar a fiscalização, é considerado objetivamente como conduta branqueadora.

Naturalmente não basta que a conduta do agente se adeque ao tipo objetivo, sendo ainda imperativo demonstrar a presença dos elementos subjetivos do tipo: a) a intenção de “limpar o dinheiro sujo”; b) a reinserção da vantagem ilícita no circuito econômico com aparência lícita. Destarte, caso o agente opte por enterrar a vantagem financeira de origem ilícita, ou opte por escondê-la em algum compartimento oculto de veículo ou imóvel, terá realizada uma ocultação objetiva, mas o crime de branqueamento só restará cristalizado se presente alguma evidência do propósito do agente em reintegrar a vantagem ilícita ao circuito econômico, com verniz de licitude.

Nesse cenário, Veríssimo De Carli pondera que se alguém rouba um banco e esconde o dinheiro para depois usá-lo para aquisição de bens de consumo pessoal, em seu próprio nome, como carros ou imóveis, oculta o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não há tipicidade de branqueamento de ativos, eis que tal conduta não tem potência, sozinha, para conferir aparência de licitude ao capital. Trata-se apenas do curso para o exaurimento do crime antecedente⁶⁴⁵. Observe-se, contudo, que é desnecessário que ocorra a reciclagem completa de ativos ilícitos para consumação do crime de branqueamento, desde que evidenciada a presença do dolo de mascaramento.

Ainda a propósito do exemplo do dinheiro enterrado, Pierpaolo Bottini⁶⁴⁶ o ilustra com a hipotética situação em que o detentor do numerário ilícito remeta mensagem a um doleiro indicando o local em que se encontra oculta a cifra de origem espúria, e pedindo providências para uma transação por dólar cabo com a disponibilização da mesma soma em moeda estrangeira no exterior, em conta de terceiro. Pontua o jurista que, em tal hipótese, não se

644 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence nos autos do RHC 80.816-6/SP, 1ª. Turma, j.18.06.2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/777318>. Acesso em: 27.12.2022.

645 O mero proveito econômico do crime antecedente não caracteriza lavagem de dinheiro (DE CARLI, Carla Veríssimo, Ob. cit., p. 195; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes Pitombo. Ob. cit., p. 109).

646 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 118.

estará diante de um mero desdobramento do crime antecedente, mas de autêntica conduta de branqueamento de capitais, posto que voltada não apenas à ocultação, mas ao efetivo distanciamento do bem de sua origem criminoso, além de assinalar potencial de reciclagem.

Finalmente, Tigre Maia e Guilherme Nucci defendem a ideia de que o crime de branqueamento, tal como tipificado no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, somente se caracteriza na modalidade comissiva, vale dizer, exige o comportamento positivo de ocultar ou dissimular valores, bens ou produtos oriundos da infração penal antecedente⁶⁴⁷. Tal segmento da doutrina argumenta inexistir branqueamento por omissão própria, mas reconhece a possibilidade desse tipo penal por omissão imprópria, desde que presentes as circunstâncias do art. 13, § 2º, do CPB, segundo o qual “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”. Em síntese, será possível a cristalização do crime de branqueamento por omissão, desde que violado um dever de garantia.

Acerca da natureza do tipo penal do branqueamento, a doutrina brasileira é majoritária no sentido de que não se trata de crime de dano, mas sim de mero perigo, todavia, enquanto Tigre Maia defende tratar-se de delito de perigo concreto⁶⁴⁸, Marco Antônio Barros e outros entendem ser crime de perigo abstrato⁶⁴⁹, ao passo que Veríssimo De Carli defende tratar-se de crime de resultado⁶⁵⁰. Naturalmente que a distinção entre crime de resultado e crimes de perigo (concreto ou abstrato) se mostra mais evidente nos ilícitos que atingem bens jurídicos individuais. Entretanto, a tarefa se torna mais difícil em se tratando de bens coletivo, tais como a administração da justiça ou a integridade da ordem econômica. Sob essa ótica, a embriaguez ao volante, típico delito de perigo abstrato, pode ser reputado crime de resultado, caso admitida como bem jurídico tutelado a ordem no trânsito⁶⁵¹. Nessa mesma linha de raciocínio, é possível argumentar que seja de resultado o crime de branqueamento de capitais,

647 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 66; NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 829.

648 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 81.

649 Blanco Cordero sustenta que se trata de crime de perigo, e em algumas ocasiões ostenta natureza de delito cumulativo, pois, ainda que a conduta não lesione o bem jurídico – e isoladamente sequer o coloque em perigo – sua repetição e generalização podem afetar o valor tutelado, de forma que a proteção penal se faz legítima (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 332). No mesmo sentido: BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit., p. 52; CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flavio. Ob. cit., p. 326.

650 PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit., p. 462; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 198.

651 GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 49, jul./ago. 2004. p. 89-147.

tal como estatuído no art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98, eis que a descrição do comportamento compreende uma alteração naturalística no objeto do delito, no estado da coisa ou bem procedente da infração. Essa foi a linha de raciocínio adotada pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 80.816-6/SP⁶⁵², tendo sinalizado o relator que a ocultação é um evento ou resultado exterior à conduta de ocultar. Demais disso, sob o prisma da administração da Justiça, enquanto bem jurídico tutelado, este opera efeitos deletérios por força da ocultação ou dissimulação, isto porque tais hipóteses de mascaramento dificultam o regular funcionamento do sistema de justiça criminal.

Caso admitido o branqueamento como crime de dano, há natural relevo em avaliar a extensão dos resultados negativos por ele produzidos, e quanto ao ponto é oportuno relembrar que o princípio da insignificância nasceu de construção doutrinária e jurisprudencial, segundo a qual a conduta seria penalmente atípica sempre que a afetação do bem jurídico for de diminuta envergadura. O princípio da insignificância tem sido reconhecido pelo STF e pelo STJ do Brasil como causa excludente da tipicidade em delitos variados, tais como ambientais, fiscais, dentre outros⁶⁵³, ainda que inicialmente sua incidência estivesse restrita aos crimes de furto e estelionato.

Ainda que afastado o entendimento de que o delito de lavagem de capitais possa ser de perigo (concreto ou abstrato), a eventual incidência sobre ele do princípio da insignificância será maior ou menor conforme o bem jurídico que se perceba como tutelado. Assim, para os que admitem como bem jurídico a ordem econômica, deverá ser tido por insignificante a conduta branqueadora destituída de potencial suficiente para afetá-la, seja quanto à livre concorrência, ou quanto à transparência das relações econômicas, ou mesmo outro vetor equivalente. Nesse cenário só haveria tipicidade material quando configurada a robustez do resultado produzido pelo branqueamento, a ponto de o mesmo desequilibrar determinado setor da economia de um Estado. Entretanto, caso admitida a administração da Justiça como bem tutelado, o princípio da insignificância teria seu alcance diminuído na medida em que até mesmo ocultações simples e precárias constituiriam condutas penalmente típicas, desde que suficientes para obstar ou dificultar o funcionamento do sistema judicial de apuração de crimes. Com efeito, apenas diante de ocultações muito toscas, precárias ou grosseiras o

652 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 80.816-6/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Lª Turma. DJ 18.06.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752183625>. Acesso em 27.12.2022.

653 MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994; MIRABETE, Júlio Fabbrini; MIRABETE, Renato Fabbrini. Código Penal interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

sistema estaria imune e a conduta do branqueador seria considerada penalmente atípica, por se tratar de crime impossível (CPB, art. 17). Por outro lado, há quem defenda que se o delito subjacente atrair a incidência da insignificância, isto poderá repercutir no ato subsequente de branqueamento, eis que a ausência de tipicidade da infração antecedente esvaziará a relevância penal dos atos posteriores.v

Outro ponto a merecer reflexão diz respeito ao princípio da consunção, notadamente quando o ato de ocultação ou dissimulação já integra o delito subjacente, tal como se verifica em alguns crimes contra a ordem tributária, ou crimes contra a ordem financeira, como por exemplo: a) supressão ou redução de tributo por omissão de informações ou por informações falsas às autoridades fazendárias (Lei nº 8.137/90, art. 1º, inciso I); b) corrupção passiva (CPB, art. 317); c) evasão de divisas mediante a manutenção de depósitos no exterior, não declarados à repartição federal competente (Lei nº 7.492/86, art. 22); d) defraudação de fiscalização, mediante inserção de declaração falsa em documento comprobatório de investimento ou em títulos ou valores mobiliários (Lei nº 7.492/86, art. 9º).

Nos casos acima indicados, Bottini sustenta que se o único ato de ocultação ou dissimulação praticado se der no âmbito do delito subjacente existirá consunção, que ocorre quando o crime-meio é consumido pelo crime-fim, de âmbito mais abrangente e, portanto, só este se aplica⁶⁵⁴. Magalhães Noronha adverte que na consunção existe uma relação de contingência ou de meio e fim entre os tipos penais. Densifica sua concepção através do exemplo da lesão corporal e do homicídio, onde o segundo consome a primeira pela relação de progressividade, uma vez que o crime mais grave tem entre seus elementos constitutivos o delito mais simples⁶⁵⁵. É certo que as hipóteses de consunção podem ostentar certa aparência de concurso material entre condutas previstas em tipos penais distintos e que guardam relação horizontal entre si. Todavia, na consunção essa relação de instrumentalidade direta, ou de contingência, afasta a incidência cumulativa das duas normas penais, razão por que uma dupla condenação importaria em autêntica afronta ao *bis in idem*.

Nessa esteira, e com absoluta propriedade Figueiredo Dias⁶⁵⁶ preconiza que em tais casos existe um claro “relacionamento entre um ilícito puramente instrumental (crime meio) e o crime-fim correspondente. Por outras palavras, aqueles casos em que um ilícito singular surge, perante o ilícito principal, unicamente como meio de o realizar, e nesta realização

654 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer). In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22. n. 110, set-out. 2004. p. 475-495.

655 NORONHA, Magalhães. Direito Penal. v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 293.

656 FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal: parte geral. Ob. cit., p. 101.

esgota o seu sentido e os seus efeitos”, motivo pelo qual, “uma valoração autónoma e integral do crime meio representaria uma violação da proibição jurídico-constitucional da dupla valoração”.

Destarte, e procurando lastro em tal linha de raciocínio, Pierpaolo Bottini⁶⁵⁷ argumenta que nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção. Tal jurista exemplifica seu ponto de vista através da corrupção passiva (CPB, art. 317)⁶⁵⁸, cujo tipo objetivo assinala dois comportamentos (solicitar ou receber), mas apenas o segundo importa aqui, porque o ato de solicitar vantagem indevida sem recebê-la, embora caracterize o ato consumado de corrupção passiva, não gera produto passível de ocultação ou dissimulação.

É certo que a percepção da vantagem indevida, na corrupção passiva, pode se dar de forma direta, quando o próprio agente público a recebe, mas pode se operar por via indireta, quando a vantagem espúria é entregue a terceiros que agem como interpostas pessoas do servidor corrompido. Portanto, se um funcionário público obtém vantagens indevidas por meio de interposta pessoa, haverá corrupção passiva consumada. Nesse cenário hipotético cabe refletir se haveria concurso material ou formal com o delito de branqueamento, especialmente se for admitida como ato de ocultação ou dissimulação a aquisição de recursos por interposta pessoa. Sucede que não se trata de cenário meramente hipotético, eis que o STF enfrentou essa questão no julgamento da Ação Penal nº 470, isto por força de recurso de embargos infringentes, os quais foram manejados por um servidor público que recebeu valores em razão do exercício de suas funções através de sua esposa, a qual obteve a posse do numerário em espécie, em uma agência bancária.

A PGR ofereceu peça acusatória pela prática de corrupção passiva e branqueamento de capitais, em concurso material, todavia, o STF afastou a incidência da segunda imputação por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores de proveniência ilícita já integrava expressamente o tipo penal de corrupção passiva, porquanto o mascaramento já estaria ínsito no art. 317 do CPB. Tal resultado foi construído a partir dos entendimentos do o Min. Lewandowski⁶⁵⁹, segundo o qual “o elemento do tipo ocultar não é exclusivo do tipo de lavagem de dinheiro. Ao contrário, consta do tipo penal caracterizador da corrupção passiva,

657 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 121.

658 CPB, art. 317: Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena: reclusão de dois a doze anos e multa.

659 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal nº 470. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-22/supremo-publica-integra-acordao-mensalao-8405-paginas>. Acesso em: 27.12.2022.

que pune a solicitação ou o recebimento indireto da vantagem. (...) Admito a coexistência da prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro por um mesmo agente, mas desde que se comprove a realização de atos distintos para cada crime, de maneira a evitar-se uma dupla punição advinda de um único fato criminoso, em razão do princípio do *ne bis in idem*.

Agregou o Min. Zavascki que “a imputação que recai sobre o embargante é o ato de receber os valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, pela circunstância de ter sido realizado de forma clandestina, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento direto ou indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do CPB”. E seguindo a mesma trilha hermenêutica, a Min. Rosa Weber salientou que “a utilização de um terceiro para receber a propina, com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objetivo e real beneficiário, integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva, núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa”. O Min. Barroso, por seu turno, destacou que “o recebimento, por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituído, portanto, ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro”.

O julgado não foi unânime, eis que parcela minoritária da Corte afastou a consunção mediante cotejo do concurso material entre corrupção passiva e branqueamento, com aquele que se observa entre homicídio e ocultação de cadáver, isto porque, embora existente uma linha causal entre os delitos, a consunção seria ausente, eis que configuradas condutas autônomas, com reprovabilidade própria. Aliás, dentro da fração vencida da Corte, o Min. Fux afastou a consunção por entender que os crimes de corrupção passiva e de branqueamento afetam bens jurídicos distintos, e tal circunstância impediria a absorção do segundo pelo primeiro⁶⁶⁰.

Todavia, o entendimento que prevaleceu naquele veredito do STF aparentemente encontra eco nas lições de Celso Delmanto, segundo o qual “a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa, deve ser para si (o próprio agente) ou para outrem (vide tipo subjetivo

660 Na mesma linha, por sua 1ª Turma, e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o STF rejeitou embargos de declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 850.531/SC, onde se discutia eventual consunção entre lavagem de dinheiro e evasão de divisas. O acórdão destaca que se trata de crimes autônomos diante da diferença nos bens jurídicos tutelados pelas diferentes normas penais (valendo lembrar que, no caso, ao que tudo indica, a conduta de lavagem foi além da mera evasão de divisas porque o dinheiro circulou “em contas bancárias de titularidade de laranjas” também no Brasil, a indicar um ato mais sofisticado que a mera evasão de divisas. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628583>. Acesso em: 27.12.2022.

abaixo). E pode ser solicitada direta (pelo próprio funcionário), ou indiretamente (mediante interposição de outra pessoa)⁶⁶¹”. No mesmo sentido aponta Sanches Cunha, ao ponderar que “existe corrupção ainda que a vantagem seja entregue ou prometida não diretamente ao funcionário, mas a um familiar seu (mulher, filhos, etc.)⁶⁶². Rui e Tatiana Stoco assinalam ainda que “a solicitação e o recebimento podem ser feitos direta ou indiretamente (solicitação tácita, recebimento através de terceiros etc.)⁶⁶³.

Por outro lado, há quem invoque, para deslustrar o argumento do Min. Fux, certo precedente de relevo da jurisprudência brasileira no qual se observa concurso aparente de normas: a hipótese de falsidade documental e o crime fiscal⁶⁶⁴. Argumenta Bottini⁶⁶⁵ que os bens jurídicos protegidos pelas normas em questão (CPB, art. 299 e Lei 8.137/90) são substancialmente distintos (fé pública e ordem tributária, respectivamente), mas estando a falsidade contida em determinadas formas de consumação dos delitos contra a ordem tributária isto autorizaria seu descarte como tipo penal concorrente. E conclui aduzindo que o fato de as normas tutelarem bens jurídicos distintos não impediria a consunção, de modo que, sempre que a ocultação se der por recebimento indireto da vantagem ilícita, a corrupção passiva absorverá o delito de branqueamento, restando apenas essa imputação.

Convém trazer ao debate, uma outra tese, a qual admite o concurso formal entre os crimes de branqueamento e de corrupção, mas desde que o ato de ocultação seja mais sofisticado do que a mera utilização de interposta pessoa. Imagine-se que o agente público receba a vantagem ilícita por meio de contratos fraudulentos celebrados com simulacros de empresa, ou mesmo através de contas no exterior e que tenham sido abertas em nome de terceiros. Nesse caso a dissimulação já não representará tão somente o recebimento indireto, tal como previsto no delito de corrupção passiva, e por isso mesmo restarão caracterizados tanto a corrupção quanto o subsequente branqueamento de ativos.

661 DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 908.

662 CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal: parte especial. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 380.

663 STOCO, Tatiana de Oliveira. Dos crimes contra a Administração Pública. In: Rui Stoco; Alberto Silva Franco. (Org.). Código Penal e sua Interpretação. v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1433-1784.

664 “Não convence o argumento de que é impossível a absorção quando se tratar de bens jurídicos distintos. A prosperar tal argumento, jamais se poderia, por exemplo, falar em absorção nos crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86), na medida em que todos eles possuem uma objetividade jurídica específica (...) Na verdade, a diversidade de bens jurídicos tutelados não é obstáculo para a configuração da consunção” (GASPAROTO, Gustavo dos Santos. Aplicação do princípio da consunção no crime de porte ilegal de armas. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/647073509/aplicacao-do-principio-da-consuncao-no-crime-de-porte-ilegal-de-armas>. Acesso em 27.12.2022). No mesmo sentido: STF. Inquérito nº 3102. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. J. em 25.04.2013. DJE 10.09.2013.

665 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 124.

Esta foi precisamente a linha de raciocínio traçada em sentença prolatada no âmbito da Operação Lava Jato, a qual cotejou a posição da Suprema Corte do Brasil no âmbito da Ação Penal nº 470, e para tanto argumentou que “O STF entendeu, acertadamente, naquele caso que o pagamento de propina a interposta pessoa ainda fazia parte do crime de corrupção e não do de lavagem. Salta aos olhos, primeiro a singeleza da conduta de ocultação naquele processo, a mera utilização da esposa para recebimento em espécie da propina. Também necessário apontar a relevante diferença de que, naquele caso, o numerário não foi recebido pela esposa e sucessivamente pelo ex-parlamentar já ocultado ou com aparência de ilícito. Pelo contrário, ao dinheiro em espécie, ainda é necessário, para a reciclagem, o emprego de algum mecanismo de ocultação e dissimulação. Já no presente feito, não se trata de mero pagamento a interposta pessoa, mas, com a utilização de contas secretas no exterior, em nome de um lado, uma *offshore*, doutro lado, um *trust*, da realização de uma transação sub-reptícia, por meio da qual a propina é colocada e ocultada em um local seguro. Para o beneficiário, desnecessárias ulteriores providências para ocultar a propina, já que as condutas envolvidas na transferência foram suficientes para essa finalidade”⁶⁶⁶.

Conclusivamente, o STF tem admitido que a ocultação própria do branqueamento pode ser singela ou complexa⁶⁶⁷. Caso o mascaramento seja singelo, sua presença será irrelevante para a consumação da lavagem, pois a ocultação estará absorvida pelo tipo da corrupção passiva, sobretudo quando o encobrimento ocorrer tão somente por meio do recebimento da vantagem indevida por interposta pessoa. Por outro lado, se houver dissimulação sofisticada e complexa, haverá concurso material dos crimes de corrupção e lavagem de ativos, tal como se verifica mediante a simulação de negócios posteriores com a finalidade de conferir aparência lícita aos recursos recebidos.

Frise-se, aliás, que a menção ao recebimento indireto no tipo penal de corrupção passiva (CPB, art. 317) não pode ser admitida como salvo conduto para qualquer conduta subsequente de dissimulação da vantagem ilícita. Com efeito, Daniel Gestler adverte que idêntico fenômeno se observa na evasão de divisas e alguns delitos contra a ordem financeira, isto porque sempre que a ocultação apontada como ato de branqueamento já estiver presente no crime de sonegação, ou na falta de declaração ou na conduta fraudulenta caracterizadora do

666 BRASIL. TRF4. Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, proferida em 25.05.2017.

667 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence nos autos do RHC 80.816-6/SP, 1ª. Turma., j.18.06.2011.

crime subjacente, isto atrairá a incidência do princípio da consunção, e por consequência afastará o concurso delitivo⁶⁶⁸.

Outro ponto a ser enfatizado, ainda que pareça óbvio, é que os atos caracterizadores do branqueamento ocorram após a transformação dos bens ou numerário em produto do delito subjacente. Relativamente aos crimes contra a ordem tributária, as condutas voltadas a dissimular a vantagem ilícita só poderão ocorrer depois do lançamento definitivo do tributo, pois é ali que se consuma o delito antecedente. Nos delitos de corrupção passiva somente existirá branqueamento subsequente se houver uma ocultação posterior e sofisticada, que vá além da mera percepção da vantagem espúria através de interposta pessoa.

A cronologia dos crimes também ocasionou debates no âmbito do STF, quando do julgamento de embargos infringentes manejados no bojo da Ação Penal nº 470. Discutiu-se se o sujeito acusado de corrupção por recebimento de vantagens indevidas também poderia responder por branqueamento porque os valores eram oriundos de um complexo esquema de gestão fraudulenta de instituição financeira, e voltado a ocultar os recursos que seriam empregados na corrupção subsequente de agentes públicos. A célula criminosa foi denominada de “departamento de ações estruturadas”. Enfrentando a questão, o STF entendeu descaracterizado o delito de branqueamento a partir da premissa de que as atividades que precedem o mascaramento das vantagens espúrias não conferem tipicidade penal à conduta daquele que recebe posteriormente os valores indevidos, isto porque nos crimes de corrupção o produto só existe para o corrompido a partir do momento em que ele passa a dispor da vantagem indevida, seja por posse direta, seja por posse mediata, através de interpostas pessoas. Ademais, entendeu a Corte que a dissimulação do capital destinado a corromper o agente público estava fora do domínio do corrompido.

Se é correto afirmar que a percepção de vantagens indevidas por força do exercício de função pública configura corrupção passiva (CPB, art. 317), é igualmente certo que o *modus operandi* de mascaramento da futura “propina” não pode ser admitido como crime de branqueamento, pois do contrário estar-se-ia “barateando em demasia” o fato típico da

668 Nos crimes fiscais a consunção é frequente. Em regra, quem comete crimes fiscais oculta ou encobre a origem de bens e valores, de forma que a punição em concurso por lavagem de dinheiro caracteriza *bis in idem*. Nesse sentido: ROSA, Rodrigo da Silveira. A sonegação fiscal com crime antecedente. Porto Alegre: IOB, 2000. p. 27. Sobre a consunção de lavagem de dinheiro e evasão de divisas: GESTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, caput da Lei 7.492/86, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. RBCCrim, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 369-392, jul./ago 2015. No mesmo sentido: SIMANTOB, Fábio Tofic, Concurso aparente de normas penais na operação dólar-cabo: um confronto entre os crimes de evasão e lavagem. Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2014. p. 91-111.

lavagem de dinheiro, segundo a ótica do Min. Marco Aurélio de Mello⁶⁶⁹. O argumento ganhou reforço através do voto do Min. Cezar Peluso, segundo o qual não se poderia confundir a ocultação e dissimulação da natureza ilícita dos recursos, necessária à caracterização do branqueamento, com os atos tendentes a evitar-lhe o confisco ainda durante o *iter criminis* do delito antecedente⁶⁷⁰. Portanto, se a dissimulação do dinheiro, ainda que mediante procedimento complexo e sofisticado, se der ainda durante o delito subjacente, não poderá servir de esteio à caracterização da lavagem de ativos, pois, nessa hipótese, estarão presentes ou a consunção, ou mesmo a atipicidade penal da conduta subsequente.

A propósito da definição do sujeito ativo do delito de branqueamento, cumpre destacar que a conduta típica estatuída pelo art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 pode ser praticada por qualquer pessoa que disponha dos bens ou da vantagem financeira, e detenha expertise para realizar os atos de ocultação e dissimulação, razão por que se trata de um crime comum. Apesar disso, existe algum debate em torno da legitimidade da autolavagem, a qual se verifica quando o autor do delito subjacente é o mesmo indivíduo que pratica o branqueamento.

Relativamente ao tema, o art. 648 bis do CP italiano dispõe que aquele que, como autor ou partícipe, usa, substitui, transfere, em atividades econômicas, financeiras, empresariais ou especulativas, o dinheiro, bens ou outras utilidades decorrentes da prática deste crime, de forma a dificultar concretamente a identificação da sua origem criminosa, deverá suportar pena de prisão de dois a oito anos e multa de 5.000 euros a 25.000 euros. Além disso, a pena é aumentada quando o fato é cometido no exercício de uma atividade profissional. Já o § 261, nº 1, do CP alemão assinala que qualquer pessoa que tenha um objeto resultante de um ato ilícito, que o esconde, com a intenção de impedir, trocar, transferir ou dispor de sua descoberta, confisco ou determinação de sua origem, obtido para si ou para terceiros, ou conservado ou utilizado, para si ou para terceiros, desde que conheça a sua proveniência no momento em que o obteve, é punido com pena de prisão até cinco anos, ou multa, mas a pena não se aplica em relação a um objeto que um terceiro tenha obtido anteriormente, sem com isso cometer um ato ilegal.

Entretanto, qualquer pessoa que aceite honorários por seu trabalho, como advogado de defesa criminal, só agirá intencionalmente em recebimento de ato ilícito, se tiver conhecimento confiável de sua origem, no momento de aceitar os honorários. O mesmo dispositivo do CP alemão assinala que: a) é punível o branqueamento de ativos na modalidade

669 Expressão atribuída a Francisco Resek, ministro emérito do STF (fls. 3723 do acórdão do STF, nos autos da Ação Penal nº 470).

670 Conforme voto do Ministro Cezar Peluso (fls. 53894 do acórdão do STF, nos autos da Ação Penal nº 470).

tentada (nº 3); b) qualquer pessoa que cometer um ato de acordo com a subseção 1 ou subseção 2, como parte obrigada, de acordo com a Seção 2 da Lei de Lavagem de Dinheiro, será punida com prisão de três meses a cinco anos (nº 4); c) em casos particularmente graves, a pena é de prisão de seis meses a dez anos. Um caso particularmente sério geralmente ocorre quando o perpetrador está agindo de forma comercial ou como membro de uma gangue formada para continuar cometendo lavagem de dinheiro (nº 5); d) quem, nos casos dos nºs 1 ou 2, imprudentemente não reconhecer que o objeto é um dos referidos no nº 1, é punido com pena de prisão até dois anos ou multa. Nos casos do parágrafo 1, sentença 1, números 3 e 4, a sentença 1 não se aplica a um advogado de defesa criminal que aceita honorários por seu trabalho (nº 6). Além disso, o CP espanhol (art. 301, 1)⁶⁷¹ e o CP português (art. 368º-A, nº 3)⁶⁷² admitem de forma explícita a punição ao delito de autolavagem.

Ainda quanto ao tema, Pierpaolo Bottini alega que a Convenção de Varsóvia (2005) admite a não incidência da lavagem àqueles que praticaram o crime antecedente (art. 9º, nº 2, “b”)⁶⁷³. O argumento, contudo, se revela equivocado, pois a Convenção de Varsóvia sequer dispõe de alínea “b” em seu nº 2, do art. 9º, senão vejamos:

“Artigo 9º. Infrações acessórias

1. Cada uma das Partes deve adotar as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal no seu direito interno:

- a) A participação, como cúmplice, numa infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção;
- b) A organização do cometimento de uma infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção, ou o facto de ordenar a outras pessoas que a cometam;
- c) A contribuição para o cometimento de uma ou várias das infrações referidas nos artigos 5ª a 7º da presente Convenção por um grupo de pessoas agindo de comum acordo. Tal contributo deve ser intencional e deve: i) visar a facilitação quer da atividade criminosa do grupo ou do seu objetivo, sempre que tal atividade ou objetivo pressuponha a prática de uma infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção, ou ii) ser prestado

671 Artículo 301.1. *EI que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.* Sobre o tema: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. Ob. cit., p. 76 e ss.; ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 16.

672 CP português, art. 368-A, nº 3 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão até 12 anos.

673 BOTTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 128.

sabendo que o grupo tem a intenção de cometer uma infração penal nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção.

2. Cada uma das Partes deve, igualmente, adotar as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal, no e em conformidade com o seu direito interno, a tentativa de cometer uma infração nos termos dos artigos 6º e 7º da presente Convenção”.

Vale salientar que os crimes assinalados nos arts. 5º a 7º da multicitada Convenção de Varsóvia, de 2005, são: a) incitamento público à prática de infrações terroristas (art. 5º), b) recrutamento para o terrorismo (art. 6º), c) treino para o terrorismo (art. 7º). Na verdade, resulta forçoso admitir que em momento algum a normativa internacional refere à autolavagem, como equivocadamente aludido pelo respeitado jurista brasileiro.

Com efeito, é provável que Bottini tenha incidido em erro material, eis que Convenção de Estrasburgo (1990), que dispõe de um art. 9º, nº 2, alínea “b”, veio a ser sucedida pela Convenção de Varsóvia. Na verdade, o que se percebe no cenário internacional é precisamente o contrário, vale dizer, convenções que admitem a criminalização da autolavagem como regra, ainda que ressalvem legislações domésticas que expressamente proíbam tal punição. Nesse sentido apontam a Convenção de Palermo, de 2000 (art. 6º, item 2, alínea “e”)⁶⁷⁴, a Convenção de Mérida, de 2003 (art. 23º, item 2, alínea “a”)⁶⁷⁵ e a Convenção de Estrasburgo, de 1990 (substituída pela Convenção de Varsóvia) do Conselho da Europa⁶⁷⁶.

Quanto ao ordenamento interno do Brasil, cabe assinalar que este jamais vedou a punição da autolavagem, razão por que se impõe reconhecer a possibilidade da dupla punição,

674 Artigo 6º, item 1, alínea “e”: “Se assim o exigirem os princípios fundamentais do direito interno de um Estado Parte, poderá estabelecer-se que as infrações enunciadas no parágrafo 1º do presente Artigo não sejam aplicáveis às pessoas que tenham cometido a infração principal”. BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 28.12.2022.

675 Artigo 23º, item 2, alínea “a”: “Cada Estado Parte velará por aplicar o parágrafo 1º do presente Artigo à gama mais ampla possível de delitos determinantes”. BRASIL. Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 28.12.2022.

676 Convenção de Varsóvia. Artigo 9º Infrações acessórias

1. Cada uma das Partes deve adotar as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal no seu direito interno: a) A participação, como cúmplice, numa infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção; b) A organização do cometimento de uma infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção, ou o facto de ordenar a outras pessoas que a cometam; c) A contribuição para o cometimento de uma ou várias das infrações referidas nos artigos 5º a 7º da presente Convenção por um grupo de pessoas agindo de comum acordo. Tal contributo deve ser intencional e deve: i) visar a facilitação quer da atividade criminosa do grupo ou do seu objetivo, sempre que tal atividade ou objetivo pressuponha a prática de uma infração nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção, ou ii) ser prestado sabendo que o grupo tem a intenção de cometer uma infração penal nos termos dos artigos 5º a 7º da presente Convenção.

2. Cada uma das Partes deve, igualmente, adotar as medidas que se revelem necessárias para qualificar como infração penal, no e em conformidade com o seu direito interno, a tentativa de cometer uma infração nos termos dos artigos 6º e 7º da presente Convenção. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22018A0622\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22018A0622(01)&from=EN). Acesso em 28.12.2022.

caso o sujeito tenha concorrido para o crime de branqueamento e para o delito subjacente⁶⁷⁷, inclusive porque o bem jurídico tutelado pela Lei nº 9.613/98 (administração da Justiça ou ordem econômica) difere daquele afetado pelo delito pretérito, de modo que a distinção material permite a punição em concurso material sem que exista o *bis in idem*. Nessa esteira, é correto admitir que o sujeito ativo do crime subjacente não está exonerado de ser punido por branqueamento, diversamente do que se verifica nos casos de receptação (CPB, art. 180) ou de favorecimento real (CPB, art. 349).

Mougenot Bonfim⁶⁷⁸ adverte que a não punição do autor do delito prévio na receptação decorre da identidade do bem jurídico e do objeto jurídico afetado nas duas fases, eis que tanto no crime antecedente, quanto na receptação, o bem lesionado é o patrimônio, tendo ambos por objeto os mesmos bens. Portanto, a incriminação do autor original como receptador violaria o já citado princípio do *ne bis in idem*. E relativamente ao delito de favorecimento real, Felipe Colombari pontua que a exemplo do crime de branqueamento, tal incriminação tutela a administração da Justiça⁶⁷⁹. Portanto, em ambos, o bem jurídico protegido é distinto (em regra) daquele lesionado pelo crime anterior e seria aplicável a dupla incriminação. No entanto, no favorecimento real, o tipo penal expressamente afasta a punição do autor original⁶⁸⁰, ao passo que no branqueamento a ressalva inexistente. Demais disso, a exoneração punitiva do autor do delito subjacente seria decorrência natural da inexigibilidade de conduta diversa, pois não seria razoável supor que o autor de um delito prévio que não adotasse medidas mínimas voltadas a tornar seguro o proveito dele decorrente.

Tal isenção punitiva é inaplicável ao crime de branqueamento, embora este afete igualmente a administração da Justiça, pois seus efeitos se mostram muito mais intensos na medida em que o criminoso não busca apenas tornar seguro o proveito do crime. Para além disso, o branqueador almeja resguardar as vantagens ilícitas mediante atos de mascaramento e

677 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 2471/SP, i. 29.09.11; Supremo Tribunal Federal HC 92 279/RN, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.9.2008; Superior Tribunal de Justiça. REsp 1234097/PR, rel. Min. Gilson Dipp DJe 17.11.2011. Na doutrina: CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1997, p. 236; CALLEGARI, André Luís Callegari. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 324; NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 827.

678 Sobre o fundamento jurídico do *ne bis in idem*: LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. Lisboa: AAFDL, 2016; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 55; CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_63.pdf. Acesso em 28.12.2022.

679 SILVA, Cezar Felipe Colombari. Favorecimento criminal (arts. 348 e 349 do Código Penal): aplicação à luz dos princípios constitucionais. Boletim IBCCrim. v. 13. nº 152. São Paulo: IBCCrim, jul. 2005. p. 11.

680 CPB, Art 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

posterior reinserção dos benefícios espúrios na economia formal, e com verniz de vantagem lícita. Assim procedendo, produz uma lesão qualificada em desfavor da administração da Justiça, e por isso mesmo não pode invocar em seu prol o argumento da inexigibilidade de conduta diversa.

De fato, a realização de manobras dissimulatórias destinadas a conferir aparência de licitude ao proveito do crime anterior, nomeadamente por meio de operações financeiras e comerciais de aspecto legítimo, em muito supera a simplória conduta de tentar salvaguardar o fruto da ação criminosa pretérita. Portanto, o *modus operandi* complexo e sofisticado empregado para ocultar e deixar seguro o produto do crime justifica a punição do agente do delito subjacente, desde que ele participe dos subsequentes atos de encobrimento, e por consequência, no Brasil nada obsta que seja punido por autolavagem aquele que concorreu tanto para o crime precedente, quanto para o delito de branqueamento.

2.4.2 Tipificação subjetiva do branqueamento

Examinaremos doravante o tipo subjetivo do crime de branqueamento de capitais, segundo a norma penal vigente em Portugal, e em seguida, sob a ótica da legislação brasileira. Contudo, embora o foco precípua deste título sejam as legislações portuguesa e brasileira, ao longo da exposição do tema serão feitas alusões pontuais às normativas de outros Estados cujos institutos jurídicos se mostrem análogos, e que possam ter influenciado na construção do tipo subjetivo da lavagem de dinheiro no Brasil ou em Portugal.

a) Em Portugal

Antes do advento da Lei nº 11/2004 era imperativo que o sujeito tivesse efetivo conhecimento de que as vantagens objeto de suas operações eram derivadas de algum crime subjacente, e que ainda assim ostentasse vontade de ocultá-las, mesmo ciente de tal proveniência inidônea. Sucede que a expressão “sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática” (outrora prevista no DL nº 15/93, de 22 de janeiro) deixou de constar dos nºs 2 e 3 do art. 368º-A do CP português, e isso provocou reflexões sobre a extensão do conhecimento para aferição do dolo. Nesse pormenor Rodrigo Santiago adverte que a doutrina se posicionava de forma majoritária no sentido de que a ausência de conhecimento

da origem ilícita das vantagens não permitia a configuração do crime de branqueamento na modalidade negligente⁶⁸¹.

Para além disso, Jorge Godinho e Almeida Cabral sustentavam igualmente a impossibilidade do delito de branqueamento por meio de dolo eventual, nos moldes do art. 14º, nº 3 do CP português⁶⁸², e reforçando o argumento, Vitalino Canas⁶⁸³ aduzia que a lei não se contentava com a mera representação da eventualidade de os bens serem provenientes de crimes subjacentes e com a conformação com essa eventualidade, mas, ao contrário, exigia que o agente conhecesse, e não que meramente representasse e se conformasse com a proveniência ilícita dos bens. Contudo, tal entendimento não era compartilhado por Jorge Duarte, para quem não apenas o conhecimento efetivo, mas também a eventual representação do agente acerca da proveniência ilícita das vantagens que lhe serviam de objeto era suficiente para caracterização do delito de branqueamento, eis que o conhecimento (efetivo ou potencial) da ilicitude dos objetos não obstou ação do sujeito, e talvez tenha mesmo conduzido à respectiva atuação delituosa⁶⁸⁴. Demais disso, uma vez suprimida a expressão “sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática”, a doutrina portuguesa passou a se inclinar em prol do cabimento do dolo eventual sobre a proveniência dos bens.

Relativamente ao grau de conhecimento ou de representação, Canas admite que o agente não teria de conhecer ou representar como possível que o delito subjacente foi praticado em certo momento, por certo agente, em certo sítio e de determinada forma, sendo suficiente que conhecesse ou configurasse a possibilidade de proveniência ilícita dos bens⁶⁸⁵,

681 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 393. No mesmo sentido: DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 147.

682 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 215; CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 83; ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 348.

683 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 162.

684 “Quando o agente efetivamente sabia (ou, pelo menos, representou a eventualidade de tal suceder e com ela se conformou), que os bens ou produtos objecto da sua ação eram provenientes da prática do crime-base, e tal conhecimento não obstou a que agisse sobre os mesmos, (ou foi mesmo a razão que conduziu à respectiva atuação), a agente encontrar-se-á incurso na prática” do branqueamento (DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 149-152).

685 Antes da edição da Lei nº 11/2004 Jorge Godinho rejeitava a ideia de punibilidade de branqueamento a título de dolo eventual quanto à proveniência dos bens, e para tanto argumentava: “a afirmação da existência no ordenamento de uma regra primária impondo, com carácter genérico, um dever de esclarecimento da proveniência de quaisquer bens, em caso de dúvida, dada a possibilidade de terem proveniência ilícita. O que significaria a possibilidade de punir - com as elevadas penas do branqueamento de capitais - toda e qualquer pessoa por, na dúvida, não ter investigado a real proveniência de quaisquer bens”. O jurista aduzia ainda que a admissão do branqueamento por dolo eventual iria exaurir a contraordenação respectiva, já que permitiria punir como crime de branqueamento de capitais todos os casos de violação do dever de esclarecimento de transações suspeitas. Mas poderia haver situações em que não houvesse cumprimento deste dever e em que fosse aplicável apenas uma contra-ordenação e não uma sanção penal. Refletiva que diante de eventuais dúvidas sobre uma operação, se ainda assim o agente a executava na crença de ela seria lícita, estaria sujeito a uma contra-ordenação, e não a sanção penal. Demais disso, mesmo que atuasse sem certeza sobre a proveniência lícita ou ilícita, poderia não ser possível provar que se conformou com a eventual proveniência ilícita, não parecendo que o incumprimento do dever de exame faça prova daquela conformação (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 217-222).

mas ressalvando que a aludida proveniência tinha que se reportar a uma conduta penalmente típica que constasse no catálogo legal de crimes subjacentes, e que, mesmo assim, se conformasse diante disso, isto é, que não se inibisse de realizar operações com tais recursos espúrios. Demais disso, o conhecimento ou a representação deveriam ser contemporâneos aos atos de dissimulação da vantagem financeira, vale dizer, nas hipóteses de dolo direto e de dolo necessário, o agente deveria saber da proveniência das vantagens ilícitas (ou representá-la) em momento anterior ao cometimento dos atos de branqueamento⁶⁸⁶. O mesmo se pode afirmar quanto ao dolo eventual, que só existirá se o conhecimento das circunstâncias de onde emanaram as vantagens for anterior ou contemporâneo à prática da conduta de conversão. Por outro lado, é necessário que o sujeito não apenas represente a possibilidade de uma origem ilícita dos recursos, mas também que deseje converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou de transferência, para ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade dos aludidos recursos.

É oportuno observar que no projeto que originou a Lei nº 11/2004 havia previsão de branqueamento por negligência grosseira quanto à proveniência dos bens⁶⁸⁷, mas a ideia não frutificou na Assembleia da República, como também não foi transposta para o ordenamento português o conteúdo do art. 1º da Diretiva 2001/97/CE, segundo o qual “o conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um dos elementos das atividades referidas, podem ser apurados com base em circunstâncias de facto objetivas”⁶⁸⁸.

Quanto ao lugar do crime, logo após o advento da Lei nº 11/2004, dispunha o art. 368º-A, nº 4, do CP português que “a punição pelos crimes previstos nos nºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores”. A primeira parte da norma⁶⁸⁹ se justificava ante a possibilidade do branqueamento ser cometido, total ou parcialmente, em território português⁶⁹⁰, ainda que o crime subjacente

686 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 209-210.

687 “Para proteger a fluidez do tráfego económico, nos crimes relativos ao âmbito patrimonial-económico não deve ser punida a negligência” (GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 158-159).

688 “No direito penal são de rejeitar todas as formas diretas ou ocultas de presunções; a concretização da orientação da Diretiva no plano da determinação da culpa conduziria a verdadeiras presunções de culpa, o que contraria o princípio matricialmente constitucional da culpa” (COSTA, José de Faria. Ob. cit., p. 83-85). No mesmo sentido: DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 146-147; GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 165. Optando por uma posição intermediária: LOURENÇO MARTINS, António. Ob. cit., p. 474.

689 Correspondente ao art. 23º, nº 3, do DL nº 15/93, e art. 2º, nº 3, do DL nº 325/95.

690 “Basta que qualquer dos elementos do processo de branqueamento tenha lugar nos limites da competência da jurisdição penal portuguesa. (...) contudo, em algumas das hipóteses mais recentes de práticas ou instrumentos de operações de branqueamento podem tornar extremamente difícil, senão mesmo impossível, a rigorosa definição do espaço ou do sítio onde a operação se concretiza” (GASPAR, António Henrique. Ob. cit.,

tivesse ocorrido em jurisdição diversa. Contudo, se a conduta reputada como crime subjacente, à luz do ordenamento luso, fosse penalmente atípica na jurisdição estrangeira, naturalmente que o ato de branqueamento seria impunível em Portugal⁶⁹¹. E quanto à segunda parte do aludido dispositivo, se justificava porque, ante seu caráter transnacional, em regra o *modus operandi* do branqueamento apresenta um longo curso, com etapas em Estados diversos, e participação de pessoas (individuais ou coletivas) diversas, e tais características tornam difícil a identificação exata do local e das pessoas encarregadas por cada um dos atos relativos ao delito subjacente.

Atualmente, os mesmos temas são tratados pelo n.º 6 do art. 368.º-A do CP português, o qual dispõe que “a punição pelos crimes previstos nos n.ºs 3 a 5 tem lugar ainda que se ignore o local da prática dos factos ilícitos típicos de onde provenham as vantagens ou a identidade dos seus autores, ou ainda que tais factos tenham sido praticados fora do território nacional, salvo se se tratar de factos lícitos perante a lei do local onde foram praticados e aos quais não seja aplicável a lei portuguesa nos termos do artigo 5.º”. Portanto, seja logo após o advento da Lei n.º 11/2004, seja hodiernamente, ainda que seja impossível determinar o local da prática do ilícito subjacente, ou quem foram seus autores, é necessário fazer prova de que: a) houve um delito subjacente; b) tal delito produziu vantagens financeiras ou patrimoniais ilícitas; c) as aludidas vantagens foram objeto de dissimulação. Ausentes qualquer umas destas circunstâncias, o crime de branqueamento restará sem punição⁶⁹². Por outro lado, Jorge Godinho adverte que pouco importa o momento em que foi perpetrado o delito subjacente, desde que as vantagens ilícitas dele emanadas tenham sido objeto de dissimulação ou mascaramento, eis que o princípio do *nullum crimen sine lege* impõe apenas que os atos típicos do branqueamento sejam praticados depois de a lei que tipifica o comportamento ter entrado em vigor⁶⁹³.

A propósito das sanções cominadas ao branqueamento, podem ter natureza penal ou diversa. Com efeito, a condenação por branqueamento pode indicar inidoneidade para o exercício de certas funções no âmbito da certificação de documentos e de assinatura eletrônicos; ou para figurar como: a) membro dos órgãos de administração e de fiscalização de sociedade de titularização de créditos; b) membro dos órgãos de administração e

p. 130), Relativamente às hipóteses de utilização do *e-money*, ou *cybercash* ou dos *cyberpayments* Jorge Paúl destaca as dificuldades de localização e de definição da jurisdição a que essas operações, devido à sua volatilidade, ficam sujeitas (PAUL, Jorge Patrício. Ob. cit., p. 330).

691 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 181.

692 DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 114.

693 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 16.

fiscalização das sociedades anônimas e das mútuas de seguros; c) empresário em nome individual e representante legal de sociedades comerciais que exerçam atividades de construção.

Especificamente quanto às sanções penais, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 325/95, havia três níveis de gravidade no delito de branqueamento. As condutas reputadas mais graves eram aquelas consistentes em converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, 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 reação criminal, eram puníveis com pena de prisão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. As condutas medianamente graves importavam em ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos eram puníveis com pena de prisão de 2 (dois) a 10 (dez) anos. Por fim, as condutas menos ofensivas consistiam em adquirir ou receber os bens ou produtos de origem ilícita a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, eram puníveis com pena de prisão de 1 (um) a 5 (cinco) anos⁶⁹⁴.

Entretanto, com o advento da Lei nº 11/2004 houve uma uniformização da moldura penal, de modo que os atos de branqueamento passaram a ensejar penas de 2 (dois) a 12 (doze). Portanto, houve a redução da pena mínima para as condutas reputadas mais graves, mas houve a ampliação da pena máxima para os atos reputados medianamente graves. Demais disso, é razoável inferir que a punição dos atos de branqueamento mais brandos (outroa tipificados no art. 2º, nº 1, “c” do DL 325/95) tenham sido atraídas pelo crime de receptação, punível com pena de prisão de até 5 (cinco) anos, ou multa de até 600 (seiscentos) dias.

Vale observar que a atual redação do art. 368º-A do CP português manteve apenas a pena máxima de 12 (doze) anos, mas suprimiu qualquer alusão ao mínimo punitivo, e a despeito da severidade de tal sanção, é forçoso admitir que ela tem amparo no art. 2º da Decisão-Quadro nº 2001/500/JAI, do Conselho, de 26 de junho de 2001, que preconizou ao delito de branqueamento a aplicação de penas privativas da liberdade com moldura penal máxima de pelo menos 4 (quatro) anos. Destarte, ainda que reconhecidas ao réu as atenuantes previstas em lei, o limite máximo da pena de prisão abstratamente aplicável permanece superior a 4 (quatro) anos.

⁶⁹⁴ Criticam tal diferenciação, e a aparente incoerência entre as penas cominadas: GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 248-249; ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 346.

Dispõe o nº 9 do art. 368º-A do CP português que a pena pode ser especialmente atenuada quando ocorrer a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo delito subjacente, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância. Assim, por dicção do art. 73º do mesmo diploma legal, a pena máxima cominada ao branqueamento alcança apenas o patamar de 8 (oito) anos de prisão, além de ser passível de substituição, incluindo a suspensão, nos termos gerais (nº 2). E mesmo que reparação do crime seja apenas parcial, ainda assim a pena poderá ser especialmente atenuada (nº 10 do art. 368º-A), desde que verificados os restantes requisitos daquela disposição. Pode ainda ocorrer especial atenuação se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos atos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens (nº 11 do art. 368º-A), razão por que se infere que o bem jurídico tutelado é a realização da justiça.

Em sentido diametralmente oposto, assinala o nº 8 do multicitado art. 368º-A que “a pena prevista nos nºs 3 a 5 é agravada em um terço, se o agente praticar as condutas de forma habitual, ou se for uma das entidades referidas no artigo 3º, ou no artigo 4º da Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, e a infração tiver sido cometida no exercício das suas atividades profissionais”. Todavia, o nº 12 do mesmo dispositivo fixou um providencial teto punitivo ao dispor que “a pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”, mas é oportuno atentar que tal disposição se reporta sobre a pena em concreto, e não sobre a pena em abstrato⁶⁹⁵. Demais disso, tal limitação somente opera efeitos se o autor do crime subjacente for identificado e eventualmente punido ou, pelo menos desde que seja identificada a natureza do delito subjacente⁶⁹⁶, caso em que certamente não existirá condenação pela infração penal pretérita.

Naturalmente que tal limitação derivou de mera opção de política criminal, destituída de qualquer dever de natureza técnico-jurídica, especialmente a natureza autônoma do crime de branqueamento. Com efeito, nada obstante os receios manifestados por Nuno Brandão, inexistem razões jurídicas que impeçam que a lavagem de ativos seja apenas mais severamente do que o delito subjacente que gerou a vantagem ilícita objeto do

695 Tal preceito deve ser cotejado com o art. 2º, nº 2, do DL nº 325/95, o qual dispunha que a punição por branqueamento não deveria “exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infrações principais”. Por igual, vale o confronto com o art. 23º, nº 2, do DL nº 15/93, segundo o qual a punição por branqueamento não excederia aquela pelos crimes previstos no número anterior não excederá a aplicável às correspondentes infracções dos artigos 21º, 22º, 24º e 25º (crimes subjacentes relacionados com o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas).

696 GASPAR, António Henrique. Ob. cit., p. 133.

mascamamento⁶⁹⁷. Aliás, Jorge Duarte pontua que esse tema foi objeto de preocupação também por parte do então Deputado Costa Andrade, quando da elaboração do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro⁶⁹⁸.

Outra questão digna de nota é aquela relativa à perda de vantagens resultantes do branqueamento, a qual foi disciplinada nos arts. 7º a 12º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro; no art. 52º da Lei nº 11/2004; no art. 60º da Lei nº 25/2008⁶⁹⁹ e no art. 172º, nº 1, “a” da Lei nº 83/2017. Tais dispositivos representam um conjunto de regras especiais que complementam o tema da perda das vantagens ilícitas, bem como a ressalva de direitos em prol de terceiros de boa-fé, tal como disciplinados nos arts. 110º e 111º do CP português.

O instituto da perda alargada foi inserido no ordenamento português através do art. 7º, nº 1 da Lei nº 5/2002, segundo o qual se presume como vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que é compatível com seu rendimento lícito, e tal presunção serve como parâmetro para a decretação da perda de bens a favor do Estado, mas dela não se pode inferir a presença de elementos típicos do branqueamento, sob pena de restar vulnerado o princípio que veda a autoincriminação do réu. Para efeitos da extensão da perda de bens é necessário observar que o património do acusado é integrado pelos bens em relação aos quais ele ostenta titularidade, domínio, ou benefício no momento em que foi constituído arguido. Entretanto, para inibir manobras fraudulentas, são igualmente reputados integrantes do património do réu os bens alienados em favor de terceiros, seja a título gratuito, seja mediante pagamento reputado irrisório em comparação ao valor de mercado do bem, isto nos 5 (cinco) anos que antecederem a data de sua constituição como arguido, e por igual, os bens que tenha recebido nos 5 (cinco) anos anteriores ao mesmo marco temporal, ainda que não se consiga esclarecer onde estejam.

É certo que perante o Tribunal Constitucional, e por mais de uma vez, foi suscitada a inconstitucionalidade da perda alargada, entretanto a Corte repeliu tais iniciativas, seja através do Acórdão nº 101/2015⁷⁰⁰, seja mediante o Acórdão nº 392/2015⁷⁰¹. Além disso, a jurisprudência portuguesa é pacífica no sentido de que: a) a perda de bens determinada pelo art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2012, de 11 de janeiro, não incide propriamente sobre bens

697 BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 74.

698 DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 107.

699 Para os casos em o tráfico de estupefacientes é o crime subjacente, é desnecessário ter em conta as disposições dos arts. 35º a 39º do DL nº 15/93, eis que aplicáveis somente às infrações nele previstas.

700 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 101/2015. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>. Acesso em 19.12.2022.

701 PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 1392/2015. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em: 19.12.2022.

determinados, mas sobre o valor correspondente à diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito; b) o Ministério Público deve proceder à liquidação do património incongruente (“o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado” – art. 8º, nº 1), em incidente de liquidação enxertado no processo penal, e promover a sua perda a favor do Estado; c) para decidir a liquidação, o tribunal tem em consideração toda a prova produzida no processo; d) a base de partida é o património do arguido, todo ele, pois o conceito é utilizado no art. 7º numa perspetiva omnicompreensiva, de forma a abranger não só os bens de que o arguido seja formalmente titular (do direito de propriedade ou de outro direito real), mas também aqueles de que ele tenha o domínio de fato e de que seja beneficiário (os bens sobre os quais exerça os poderes próprios do proprietário), à data da constituição como arguido ou posteriormente; e) para este efeito, incluem-se, no património do arguido, os bens transferidos para terceiros de forma gratuita ou através de uma contraprestação simbólica nos cinco anos anteriores à constituição de arguido e os por ele recebidos no mesmo período; f) apurado o valor do património, há que confrontá-lo com os rendimentos de proveniência comprovadamente lícita, auferidos pelo arguido naquele período. Se desse confronto resultar um “valor incongruente”, não justificado, incompatível com os rendimentos lícitos, é esse montante da incongruência patrimonial que poderá ser declarado perdido a favor do Estado; g) para garantir a efetiva perda desse valor incongruente, pode o Ministério Público requerer ao juiz que decrete o arresto de bens do arguido; h) o arresto pode incidir sobre bens de que formalmente é titular um terceiro, i) o titular de direitos afetados pela decisão pode, tal como o arguido, ilidir a presunção do art. 7º, nº 1, da Lei nº 5/2002, nomeadamente provando (através da demonstração inteligível dos fluxos económico-financeiros na origem das aquisições em causa) que os bens foram adquiridos com proventos de atividade lícita⁷⁰².

Incumbe ao Ministério Público apontar o montante líquido cujo perdimento deverá ser decretado em prol do Estado, e se não for possível fazê-lo logo no ato de formalização da acusação, deverá fazê-lo até trinta dias antes da data da primeira audiência de instrução e julgamento, isto para que o arguido e seu defensor sejam notificados sobre a pretensão ministerial e o tribunal possa avaliar a prova produzida. Naturalmente que o arguido poderá provar a origem lícita dos bens que integram seu acervo patrimonial, especialmente daqueles presumivelmente oriundos de atividade criminosa. Para tanto deverá o arguido provar que os

702 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão TRT de 11.06.2014. No mesmo sentido: Acórdão TRT de 17.09.2014; Acórdão TRG de 20.03.2017; Acórdão TRL de 24.05.2018. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 19.12.2022.

bens: a) resultam de rendimentos de atividade lícita; b) estavam na titularidade do arguido há, pelo menos, cinco anos antes de ser constituído como tal; c) foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos naquele período. Saliente-se, contudo, que a carga probatória não recai tão somente sobre o acusado, de modo que por força da distribuição equitativa da prova é possível que a presunção de que os bens foram obtidos por meios ilícitos poderá ser ilidida através de provas produzidas pelo Ministério Público, ou mesmo aquelas cuja produção se deu por determinação oficiosa do tribunal. Por outro lado, a ausência de provas da idoneidade da origem dos bens operará efeitos contra o réu.

Consoante salientado em precedentes da jurisprudência já assinalados, o Ministério Público poderá requerer o arresto de bens para garantia do pagamento dos valores cujo perdimento seja declarado em favor do Estado, por serem vantagens do branqueamento. Tal medida constritiva deverá ser decretada pelo juiz, caso existam indícios seguros do crime, ainda que ausentes os pressupostos do art. 227º, nº 1, do CPP, todavia, o arresto poderá ser substituído por caução econômica de valor equivalente. É igualmente certo que, ante eventual decisão absolutória quanto à pretendida decretação de perda de bens em prol do Estado, tanto o arresto quanto a caução econômica perecerão, mas se a pretensão sancionatória for acolhida, o tribunal deve assinalar o valor que deve ser perdido pelo réu, o qual poderá ser resgatado voluntariamente pelo devedor, ou compulsoriamente através da caução econômica. Contudo, há de ser acautelada a situação dos terceiros de boa-fé, assim entendidos aqueles que se tornaram titulares de bens, mas destituídos de conhecimento acerca da sua origem ilícita. Esse alegado desconhecimento perderá robustez se a aquisição tiver ocorrido por meio de doação, ou mesmo através de compra por valor irrisório. Importa ainda enfatizar que a lei confere tratamento distinto aos bens, conforme estejam ou não inscritos em registro público. Caso inscritos, os titulares do registro deverão ser notificados para ofertarem a defesa que tiverem e produzirem as provas que reputarem oportunas, cabendo destacar que a existência de registro gera presunção *juris tantum* de boa-fé em favor do titular do bem. Ausente o registro do bem restará majorado o ônus probatório do pretenso titular, seja quanto à demonstração de efetiva propriedade, seja quanto à demonstração de sua alegada boa-fé. Para além disso, se o caso for reputado complexo a questão poderá ser declinada ao competente juízo cível.

Finalmente, e ainda no contexto da tipicidade objetiva, merecem ser examinados os limites que distinguem o branqueamento e dois outros delitos muito assemelhados, quais

sejam, o crime de favorecimento pessoal (CP, art. 367º)⁷⁰³ e o delito de receptação (CP, art. 231º). Aliás, com muita propriedade José de Faria e Costa adverte ser idêntico o *modus operandi* empregado, tanto no branqueamento quanto na receptação, chegando mesmo a apontar o primeiro como se fosse uma espécie do gênero receptação⁷⁰⁴. Frise-se, contudo, que o bem jurídico protegido pela receptação é o patrimônio, ao passo que a incriminação da lavagem de ativos tutela bens jurídicos diversos e distintos, dentre os quais a realização da justiça e a ordem econômica. Por outro lado, ainda que, no plano teórico, seja possível distinguir com alguma segurança branqueamento e receptação, no plano prático se observem algumas dificuldades, nomeadamente àqueles que estão sujeitos aos deveres de prevenção e são destituídos de formação jurídica.

Ainda sob a égide da Lei nº 11/2004, foram suprimidas na tipificação da lavagem de ativos as condutas de aquisição ou a receptação de bens e produtos a qualquer título, bem como a sua utilização, detenção ou conservação, tal como outrora se observava no Decreto-Lei nº 325/95, de 2 de dezembro. Entretanto, esses ajustes engendrados pelo legislador português não tenham sido suficientes, eis que comete receptação “quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa ou animal que foi obtido por outrem mediante facto ilícito típico contra o patrimônio, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse” (CP, art. 231º, nº 1). Igualmente incidirá no mesmo tipo penal “quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa ou animal que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o patrimônio”.

Conquanto o delito de receptação somente reste caracterizado a partir da obtenção de vantagem patrimonial obtida a partir de outro delito patrimonial, a distinção com o branqueamento se operava sem maiores dificuldades, eis que este somente se cristalizava a partir de um rol fechado de crimes subjacentes, dentre os quais não estavam os delitos patrimoniais, todavia, quando o ordenamento português passou a adotar um método misto também os crimes contra o patrimônio se converteram em possíveis delitos subjacentes ao branqueamento⁷⁰⁵.

703 COSTA, José de Faria. Ob. cit., p. 71 e ss.; DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 93 e 132; GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 241-244.

704 COSTA, José de Faria. Ob. cit., p. 71-72.

705 O projeto do PS considerava remota tal possibilidade, eis que excluía a ocorrência do branqueamento quando a dissimulação versasse sobre bens ou produtos advindos de um delito patrimonial cuja ação penal

Naturalmente isso não implica dizer que todos os crimes contra o patrimônio possam gerar vantagens ilícitas branqueáveis, isto porque as penas a eles cominadas não ostentam suficiente dignidade punitiva⁷⁰⁶. Contudo, há certos crimes que podem ser subjacentes tanto ao branqueamento quanto à receptação: a) furto qualificado de coisa móvel de valor consideravelmente elevado (CP, art. 204º, nº 2); b) abuso de confiança que envolva coisa de valor consideravelmente elevado (CP, art. 205º, nº 4, “b”); c) abuso de confiança qualificado em razão de circunstâncias (CP, 205º, nº 5); d) roubo (CP, art. 210º); e) burla qualificada com prejuízo de valor consideravelmente elevado ou em outras circunstâncias que qualificam gravemente o crime (CP, art. 218º, nº 2); f) burla relativa a seguros com prejuízo de valor consideravelmente elevado (CP, 219º, nº 4, “b”); g) extorsão (CP, art. 223º).

Destarte, sempre que o crime pretérito puder figurar como subjacente aos tipos penais ora confrontados (receptação e branqueamento), caberá ao intérprete maior cautela e esmero no exame da base fática do caso. E tal aferição deverá estar calibrada para identificar o dolo específico, eis que na lavagem de ativos não é necessário que o agente atue com a intenção de obter lucro próprio ou para terceiros, mas na receptação é imperioso que a conduta do agente seja direcionada a obter, para si ou para outrem, vantagem patrimonial⁷⁰⁷. Na mesma linha de raciocínio, em geral, o objeto da ação de receptação serão bens ou vantagens patrimoniais diretamente emanadas do delito subjacente⁷⁰⁸, além do que na receptação o agente adquire a posse física dos bens⁷⁰⁹. Já na lavagem de ativos o objeto normalmente é dinheiro⁷¹⁰.

A propósito do agente envolvido, na receptação, o sujeito ativo é necessariamente distinto daquele que cometeu o delito pretérito⁷¹¹, mas no branqueamento, nada obsta que sejam a mesma pessoa, pois do contrário a autolavagem seria impunível. Relativamente à

dependesse de queixa da vítima, aplicável a quase todos. Por outro lado, o projeto propunha os deveres de prevenção ao crime de receptação, e assim reconhecia de forma implícita a proximidade entre os tipos penais da receptação e do branqueamento, mas como efeito colateral ampliava a dificuldade de distinção entre as duas condutas.

706 Crimes contra o patrimônio subjacentes à receptação, mas não ao branqueamento: furto (CP, art. 203º); furto qualificado de coisa móvel de valor elevado (CP, art. 204º, nº 1); abuso de confiança (CP, art. 205º); abuso de confiança que envolva coisa de valor elevado (CP, art. 205º, nº 4, “a”); apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada (CP, art. 209º); burla (CP, art. 217º, nº 1); burla qualificada com prejuízo de valor elevado (CP, art. 218º, nº 1); burla relativa a seguros (CP, art. 219º, nº 1); burla relativa a seguros com prejuízo de valor elevado (CP, art. 219º, nº 4, “a”); usura (CP, art. 226º, nº 1); usura qualificada (CP, art. 226º, nº 4).

707 O dolo específico que deve existir no branqueamento é a pretensão de dissimular a origem ilícita da vantagem ou ocultação do autor ou partícipe do crime subjacente, ao passo que o dolo específico no crime de receptação é a busca por vantagem patrimonial. Nesse sentido: DUARTE, Jorge. Ob. cit., p. 93; CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 83; GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 243; ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p. 346.

708 CABRAL, Jorge de Almeida. Ob. cit., p. 83.

709 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 243.

710 GODINHO, Jorge. Ob. cit., p. 242-243.

711 CAEIRO, Pedro. Ob. cit., p. 478-479.

presença de circunstâncias agravantes de caráter subjetivo, elas existem na receptação (CP, art. 231º, nº 4), mas inócorrem no branqueamento.

Conclusivamente, tem-se que a distinção entre os crimes de receptação e branqueamento de ativos exige redobrada atenção às circunstâncias fáticas do caso em cotejo com os respectivos tipos objetivos, mas especialmente à aferição do dolo específico, o que se converterá em tarefa tormentosa às entidades submetidas aos deveres de prevenção, mas destituídas do necessário aprofundamento teórico do plano jurídico-criminal. Para além disso, o eventual incumprimento de deveres de prevenção não importará em qualquer responsabilização, caso a operação suspeita diga respeito ao delito de receptação, mas o mesmo não se pode afirmar ante a suspeita de operação de branqueamento. Aliás, é provável que esse seja o fator primordial pelo qual a doutrina portuguesa reluta em admitir o cometimento do delito de branqueamento por dolo eventual.

b) No Brasil

Foi com o finalismo que a tipicidade passou a ser composta por elementos subjetivos nucleares (dolo ou culpa), e também por especiais (derivados da redação do tipo). Welzel⁷¹² busca arrimo na natureza das coisas para identificar uma estrutura lógico-objetiva em qualquer comportamento delincente. Sustentou que qualquer conduta típica sempre tem como base um comportamento voltado à consecução de um fim, ainda que este não seja explicitado pelo legislador na descrição do tipo. E na medida em que a norma penal prevê comportamentos voltados a um propósito, dolo e culpa passam a integrar o tipo penal, sob uma ótica subjetiva, e por isso sua presença precisa ser aferida. Nesse raciocínio, a simples produção de um dano não se mostra relevante, caso destituído do elemento subjetivo.

É certo que, em sua formulação original, o finalismo não era capaz de oferecer soluções para todas as indagações dogmáticas, seja na seara dos delitos culposos⁷¹³, seja na concepção da culpabilidade fundada no livre-arbítrio, entretanto, seus postulados ensejaram a elaboração

712 WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 160.

713 SCHÜNEMANN, Bernd. *De un concepto filológico a um concepto tipológico del dolo*. Tradução de Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. v. 1. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 434; GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*, Barcelona: Atelier, 2007. p. 36; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Crísis del lado subjetivo del hecho*. In: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López; ZULGADÍA SPINAR, José Miguel (coord.). *Dogmática y Ley Penal: libro homenaje a Enriqe Bacigalupo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_45.pdf. Acesso em 28.12.2022.

de balizas sólidas para a teoria do delito, tal como compreendida atualmente⁷¹⁴. Bem por isso, o crime de branqueamento ostenta tipicidade objetiva e tipicidade subjetiva, e no Brasil esta se restringe ao dolo, diversamente do que se observa na Espanha⁷¹⁵, na Bélgica, na Irlanda, na Suécia e no Chile, que admitem tal delito na forma culposa, ou negligente.

A doutrina brasileira é pacífica no sentido de que tão somente o comportamento doloso é punível, mas enquanto alguns admitem a presença do dolo eventual, outros sustentam que somente o dolo direto atrai a incidência da norma. Assim, para a configuração do dolo é necessário que o agente tenha não apenas consciência da existência dos elementos típicos, mas igualmente a vontade de consumir o ato de mascaramento. Por consequência, além da ocorrência objetiva de atos de ocultação ou dissimulação, é necessário demonstrar que o sujeito ativo sabia da origem espúria dos bens ou vantagens que foram por si encobertos.

Nessa linha de raciocínio, os familiares que gastam valores ocultos ou dissimulados pelo agente do branqueamento, mas não participaram ativamente dos atos de ocultação e não tinham ciência da origem espúria no numerário, em princípio, não devem ser reputados coautores ou partícipes do crime. Este foi o entendimento firmado pelo então juiz Sérgio Moro em sentença por si proferida no âmbito da Operação Lava Jato. Pontou o magistrado que, para condenação por lavagem de dinheiro de cônjuges de agentes públicos corrompidos, seria necessário existir prova muito clara de que o cônjuge participou ativamente dos atos de encobrimento ou sabia dos crimes de corrupção, sendo insuficiente a prova de ter feitos gastos extravagantes, por mais reprováveis que eles sejam, à luz de tantos crimes de corrupção⁷¹⁶.

Por outro lado, a presença do dolo no crime de branqueamento não apenas confere lógica e sistematicidade à teoria do delito, como também representa garantia de imputação subjetiva, e com isso afasta eventual risco de responsabilização penal objetiva. Portanto, para que alguém sofra imputação por lavagem de ativos não basta que o indivíduo componha e tenha atribuições em uma organização, devendo ser comprovada sua relação psíquica com os atos de ocultação, vale dizer, tanto o conhecimento dos elementos do tipo quanto a vontade de executá-los ou de concorrer para sua consumação. Demais disso, o dolo não se presume, tem que ser provado, e quanto a isso é frequente que normativas internacionais assinalem a

714 REALE JÚNIOR. Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit., p. 131; SHECARIA, Sérgio Salomão. Ob. cit., p. 77; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Ob. cit., p. 469; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 213; CEREZO MIR, José. Ob. cit., p. 120.

715 Blanco Cordero exhibe não apenas um panorama da lavagem imprudente na Espanha, como lista Estados europeus que admitem o branqueamento imprudente (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 868-876).

716 BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. Sentença proferida na Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, proferida em 25.05.2017. Idêntico entendimento consignado na sentença prolatada na Ação Penal nº 5063.3271-36/2016.4.04.7000/PR.

possibilidade de comprovação do dolo por elementos objetivos. Exemplo disso se observa na Recomendação nº 2 do GAFI, que prevê expressamente a possibilidade de o elemento intencional (dolo de branqueamento) ser inferido a partir de circunstâncias factuais objetivas⁷¹⁷.

Com efeito, não é razoável admitir a presença do dolo apenas quando for admitido pelo agente, razão por que ele pode ser evidenciado por meios objetivos, tais como depoimentos testemunhais, gravações telefônicas, documentos apreendidos, dentre outros⁷¹⁸. Entretanto, aceitar a comprovação do dolo a partir de circunstâncias objetivas não importa em afastar seu caráter subjetivo, e assim normatizar o conceito de dolo, tal como alegadamente teria sido feito através de alguns precedentes da jurisprudência brasileira, que teriam dispensado substratos ontológicos. Dentre os precedentes criticados estaria certo acórdão do STF, proferido nos autos do HC 91.159, e que sinalizou ser “imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor”⁷¹⁹.

De fato, mesmo o dolo eventual deve ser aferido a partir das circunstâncias objetivas, mas estas configuram tão somente a evidência do elemento psíquico de vontade de resultado (dolo direto) ou de previsão de sua possibilidade (dolo eventual). A prova deve versar sobre posição mental do autor, mas não a substitui, de modo que cabe ao julgador extrair da prova o indicativo de uma relação real subjetiva entre o agente e o fato típico. Quanto ao tema, Díaz Pita adverte que “essa eliminação (do elemento volitivo do dolo) alija o objeto da prova e permite imputar com maior facilidade casos como dolosos, cuja natureza resulta mais que duvidosa. A tendência expansiva do direito penal pode ser, evidentemente, uma opção. Porém, creio que o jurista deve limitar essa tendência e não aviva-la, para conseguir essa racionalidade na hora de utilizar algo tão perigoso como o direito penal”⁷²⁰. Palmilhando a mesma rota, Sérgio Moro preconiza que a admissão da prova objetiva do dolo “não deve ser interpretada no sentido de que pode ser dispensada a prova do elemento subjetivo, reduzindo a carga imposta à acusação e impondo alguma espécie de responsabilidade objetiva pelo

717 Tal Recomendação foi transformada em Nota Interpretativa da Recomendação nº 3 do GAFI, item 7, “a”. Disponível em: www.falf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf. Acesso em: 28.12.2022. No mesmo sentido, o art. 1º, nº 6, da Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho (DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 28).

718 PRADO, Rodrigo Leite. O controle penal da lavagem de dinheiro: Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 236.

719 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.159/MG. 2ª Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 02.09.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2915225>. Acesso em: 28.12.2022.

720 DÍAZ PITA, María Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e direito penal: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14-15.

crime de lavagem”⁷²¹. Portanto, mesmo que o dolo seja provado através de elementos objetivos, ele persiste em sua natureza subjetiva, eis que deve estar presente na mente do autor.

Tão relevante quanto o elemento volitivo é o elemento cognitivo, e acerca dele dispõe o art. 20 do CPB que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Esse é um ponto sensível nos delitos de branqueamento, de vez que a questão do erro se revela um tanto complexa por força de um elemento normativo especial nos tipos penais da Lei nº 9.613/98, qual seja aquele relativo aos delitos antecedentes. Com efeito, é forçoso refletir sobre a consequência jurídica do erro ou do desconhecimento do delito que gerou as vantagens indevidas, pois se o agente desconhece a origem espúria dos bens ou vantagens ilícitas, não terá agido dolosamente, e por isso não terá cometido lavagem de ativos. Para além disso, Bottini⁷²² sustenta que a conduta será penalmente atípica ainda que o erro seja evitável, pois o ordenamento brasileiro não prevê branqueamento na modalidade culposa. Destarte, se o agente não percebe a origem infracional do produto, seja por negligência, seja por imprudência, não terá cometido o crime de lavagem, o qual deverá ser imputado ao terceiro que determinou o erro, caso exista (CPB, art. 20, §2º).

Outro ponto polêmico na doutrina diz respeito ao grau do conhecimento exigido do agente, acerca da origem dos bens ou das vantagens. Miguel Reale Júnior, dentre outros respeitáveis doutrinadores brasileiros, defende que somente cometerá o crime de branqueamento aquele que tem plena ciência de que o produto tem origem delitiva (dolo direto)⁷²³. Aliás, esse foi o azimuth traçado pela Convenção de Viena, de 1988 (art. 3º, nº 1, “b”), e pela Convenção de Palermo, de 2000 (art. 6º, nº 1, “ii”). Todavia, em sentido oposto se posicionam Tigre Maia, Mougenot Bonfim, Veríssimo De Carli, Sérgio Moro, dentre tantos outros que advogam a tese segundo a qual a mera suspeita da origem infracional (dolo eventual) é suficiente para que se afaste o erro de tipo⁷²⁴. Na linha deste entendimento, a

721 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 33.

722 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 132.

723 Embora sem alusão expressa ao dolo eventual, Reale Júnior entende caracterizado o dolo da lavagem a partir do conhecimento da origem ilícita, apontando que o agente deve agir com convicção de que o bem sobre o qual atua é ilícito (REALE JÚNIOR, Miguel. Ob. cit., p. 559-575). No mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 59; CALLEGARI, André Luís. Ob. cit., p. 164; PODVAL, Roberto. Ob. cit., p. 210; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 137.

724 Tigre Maia admite dolo eventual diante da ausência de qualquer restrição, diferente do que ocorre com a receptação (MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 88). No mesmo sentido: BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 46; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 188; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 62; PRADO, Rodrigo Leite. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.) et al. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 228; DELMANTO, Roberto;

Convenção de Varsóvia, de 2005, preconizou que os Estados-Membros da Comunidade Europeia poderiam tomar medidas para entender como crime os casos de branqueamento em que o agente suspeitava da origem ilícita dos bens ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens, e com isso evidenciou a possibilidade de perpetração desse crime por meio de dolo eventual, ou mesmo por imprudência (art. 9º, nº 3). Aliás, ao que parece a Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/96 admitiu expressamente a lavagem de ativos por meio de dolo eventual (EM, 692/MJ/1996).

O segmento da doutrina que defende a possibilidade exclusiva de branqueamento por meio do dolo direto, ainda que minoritário⁷²⁵, busca fragilizar a possibilidade do branqueamento por dolo eventual reunindo os argumentos seguintes: a) quando admitido o dolo eventual pelo legislador o texto normativo costuma assinalar a expressão “deve saber”, e ainda que isso não se aplique a todos os tipos penais com dolo eventual, é aplicável às hipóteses normativas em que o comportamento típico pressupõe a ciência de um estado, ou de um fato, ou de circunstância anterior, tal como se observa nos delitos de perigo de contágio venéreo (CPB, art. 130)⁷²⁶, de receptação qualificada (CPB, art. 180, §1º)⁷²⁷, ou de excesso de exação (CPB, art. 316, §1º)⁷²⁸; b) o tipo penal do branqueamento no ordenamento brasileiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º, *caput*) menciona um fato anterior, qual seja a ocorrência de um delito subjacente, mas não positivou a expressão “devendo saber”, a qual se mostra presente em outros tipos penais que admitem cometimento por meio de dolo eventual, e característica idêntica se observa no crime de favorecimento real (CPB, art. 349), onde o tipo penal não afasta expressamente o dolo eventual, mas não parece admissível sua incidência; c) sob a ótica da político-criminal a admissão do branqueamento por dolo eventual impõe severa carga às atividades econômicas e financeiras, em cuja seara é sempre possível desconfiar da

DELMANTO JÚNIOR, Roberto; ALMEIDA, Fábio M. Leis penais comentadas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 559-564; DE SANCTIS, Fausto. Ob. cit., p. 49; OLIVEIRA, William Terra. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei 9.613/98 de 1º de março de 1998. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set. 1998. p. 112-129; PEREIRA, Flávio Cardoso. Ob. cit., p. 32-44.

725 Nos autos da Ação Penal nº 470 alguns ministros do STF admitiram o dolo eventual na lavagem de dinheiro, reconhecendo-o como cabível mesmo na redação anterior da Lei 9.613/98. Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Celso de Mello. Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio Mello e Dias Toffoli rechaçaram expressamente o dolo eventual na lavagem de dinheiro, ao menos diante do texto legal anterior. (Acórdão do STF, p. 1013). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em 28.12.2022.

726 CPB, Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”.

727 CPB, Art. 180 (...) § 1 Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.

728 CPB, Art. 316 (...) §1º. Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

procedência dos capitais oferecidos para fins das mais variadas operações financeiras; d) embora seja certo que a configuração do dolo eventual exija razoável suspeita da procedência ilícita dos recursos, a linha divisória que distingue a dúvida sobre o risco permitido e o risco proibido é muito tênue, e por isso mesmo não confere segurança àqueles que operam com recursos alheios, como bancos e financeiras.

Ainda a propósito do dolo eventual, mesmo que seja destituído da vontade de um resultado e da ciência plena da origem ilícita do bem, exige conhecimento efetivo do contexto no qual se atua, razão por que Roxin adverte que não basta uma consciência potencial, marginal, ou um sentimento⁷²⁹. Pontua mais o eminente jurista germânico que se faz necessária uma percepção clara das circunstâncias, uma compreensão consciente dos elementos objetivos que apontem para uma provável ilicitude dos bens, e mesmo que seus contornos não sejam claros, deve o intérprete reconhecer um contexto de suspeita robusta, na qual o agente percebe o risco efetivo de que tais bens provenham de atos ilícitos, e assume a possibilidade de contribuir para um ato de lavagem de dinheiro.

Sucedem que a doutrina brasileira aponta quatro graus de culpabilidade, a saber: a) dolo direto, b) dolo eventual, c) culpa consciente, d) culpa inconsciente. Demais disso, é imperativo reconhecer a fragilidade de fronteiras entre o dolo eventual e a culpa consciente. Naquele, o agente suspeita da procedência ilícita dos recursos, mas assume o risco de colaborar na dissimulação ou ocultação dos valores, ao passo que na culpa consciente, o agente percebe algo estranho nos bens, identifica algo atípico em suas características, mas, a despeito disso, deposita sua crença de que os recursos são de origem lícita, ainda que tal crença seja derivada tão somente na confiança que deposita naquele que lhe entrega os valores. Naturalmente que a palavra do réu ou investigado não pode ostentar caráter absoluto, tampouco pode servir como “fiel da balança” para que os órgãos de investigação ou de persecução penal admitam a presença do elemento cognitivo.

Com efeito, há quem rotule como inócua a discussão por admitir que, na prática, é impossível reconhecer o estado mental do agente, razão por que os elementos objetivos terão especial relevo na formação do livre convencimento motivado do julgador. Todavia, esse estado mental do arguido será o vetor do debate, servirá como eixo em torno do qual circularão os argumentos de defesa e de acusação, e por isso, ainda que os elementos objetivos apontem para a ocorrência de uma operação suspeita, haverá de ser aceita a ausência de dolo se houver alguma explicação razoável (mesmo que não seja a única), para justificar os motivos pelos

729 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 472.

quais o agente entendeu lícita a proveniência dos recursos que movimentou, ou os motivos pelos quais não suspeitou de qualquer mácula sobre eles⁷³⁰.

Persistindo na seara do elemento subjetivo do branqueamento, é inafastável examinar os contornos da teoria da cegueira deliberada, desenvolvida em Estados cujos sistemas jurídicos são próprios da *common law*. Segundo as lições de Ragués i Vallès⁷³¹, nessa teoria a presença do dolo é admitida não apenas quando o agente conhece (dolo direto), ou suspeita (dolo eventual) da origem inidônea dos recursos financeiros que lhe vieram às mãos, mas igualmente quando o agente engendra conscientemente uma barreira para afastar de si o conhecimento efetivo sobre qualquer característica suspeita acerca da procedência dos bens. Blanco Cordero⁷³² aduz mais que nas hipóteses em que se observa a incidência da cegueira deliberada o sujeito ativo admite ser possível a prática de ilícitos no âmbito em que atua, mas cria mecanismos que o impedem de obter ou aperfeiçoar o conhecimento dos fatos. Segundo Levi⁷³³, são as situações em que o interveniente quer desconhecer os elementos do tipo objetivo, quando tem o poder e o dever de conhecê-los. Frise-se desde já que a teoria da cegueira deliberada consistirá no objeto de estudos do capítulo seguinte deste estudo, razão por que a abordagem ora realizada será meramente introdutória.

Segundo o finalismo, toda conduta humana está direcionada a um propósito. Por isso mesmo não se pode tangenciar a reflexão sobre os motivos pelos quais, ao suspeitar que certos clientes lhe podem entregar numerários de origem ilícita para fins de operações de câmbio, o doleiro adota medidas para se afastar de qualquer informação que indique com precisão a procedência daquele numerário. Caso tivesse perfeito conhecimento sobre a origem espúria do dinheiro o doleiro jamais poderia alegar que agiu em erro, e por isso mesmo restaria caracterizado o dolo direto em sua ação. Por consequência lógica, a intencionalidade do doleiro que se insere de forma voluntária e deliberada em um estado de ignorância não pode ser admitido como irrelevante para os fins penais. Aliás, é imperativo reconhecer que a aludida teoria ganhou corpo na jurisprudência brasileira a partir do julgamento da Ação Penal

730 Precedentes da jurisprudência espanhola sobre o tema: CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 825 e ss.

731 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La ignorância deliberada em derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007; PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 237; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 63-69; BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero: lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y derecho comparado*. Buenos Aires: B de f, 2018. p. 197-258.

732 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 828-867.

733 LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money laundering*. In: Crime and justice. v. 34. n. 1, 2006. p. 40. Disponível em: <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/3154/1/Levi%202006.pdf>. Acesso em: 28.12.2022.

nº 470, eis que dois dos membros do STF chegaram a invocá-la, além do que já vem sendo examinada e aplicada no Brasil pelas instâncias ordinárias desde o início do Século XXI⁷³⁴.

É certo que certos segmentos da doutrina se posicionam vigorosamente contra a aplicação da teoria da cegueira deliberada em países cujos sistemas jurídicos derivam da *civil law*, mas o argumento não se mostra suficientemente robusto, pois *civil law* e *common law* não são sistemas jurídicos concebidos em planetas distintos, tampouco se destinam a espécies distintas. Demais disso, argumentar que a teoria da cegueira deliberada apresenta algumas dificuldades em se compatibilizar com o instituto do dolo também não gera o efeito de eliminá-la por completo. Aliás, todas as construções voltadas à teoria do crime e à teoria da pena sempre encontraram aderentes e detratores no curso da história da ciência jurídica. Portanto, o argumento de que, mesmo nos EUA⁷³⁵, há críticas contra a teoria da cegueira deliberada, ostenta um único mérito, qual seja o de que a dialeticidade está presente na construção da ciência jurídica, tanto nos países que adotam a *civil law*, quanto nos países que adotam a *common law*.

Não raras vezes os juristas buscam amparo em algum entendimento jurisprudencial, não propriamente porque a ele aderiram por rigor científico, mas porque o mesmo reflete o melhor resultado para as teses que defendem em suas bancas advocatícias. Tal postura equivale a tentar converter um entendimento em uma espécie de “doutrina de algibeira” que poderá ser útil na defesa de um próximo cliente. Nessa linha de raciocínio, alguns juristas, tanto brasileiros, quanto da Europa Continental, costumam invocar trechos de certo julgado do STS espanhol, através do qual um membro daquele pretório asseverou que “substituir o conhecimento ou a representação dos elementos do delito pela prova de que o sujeito ativo evitou deliberadamente abranger esses elementos, pode implicar nosso apoio a uma verdadeira desnaturalização do desafio probatório que incumbe às acusações. Em casos como o que ora examinamos a condenação do acusado só se pode basear no que ele sabia, não naquilo que ele devia conhecer. A reprovação penal pelo que se devia conhecer e, sem

734 Nesse sentido: Acórdão do TRF5, em Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 5520/CE (Proc. nº 2005.81.00.014586-0/05), 2ª Turma, rel. Des. Federal Francisco Barros de Dias, j. 01/09/2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/8333130>. Acesso em: 28.12.2022; acórdão do TRF4 em Apelação Criminal nº 0000870-49.2008.404.7006, 8ª Turma, reator Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, j. 28/06/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38260896/trf-4-judicial-28-06-2012-pg-281>. Acesso em: 28.12.2022; acórdão do TRF4 em Apelação Criminal nº 2003.70.00.056661-8, 7ª Turma, relator Des. Federal Márcio Antônio Rocha, j. 12/08/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/788654185/inteiro-teor-788654235>. Acesso em: 28.12.2022.

735 Certa parcela da doutrina e jurisprudência dos EUA questionam a pertinência da teoria da cegueira deliberada: CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 835.

embargo, não se conhece, não pode servir, sem mais, de fundamento para a afirmação do dolo”⁷³⁶.

Dentre os expoentes espanhóis um tanto refratários à teoria da cegueira deliberada, vale citar Feijó Sanchez⁷³⁷, segundo o qual “o recurso à ignorância deliberada de acordo com o qual o erro se trata como dolo quando não se sabe, porque não se quer saber, é uma solução contrária ao princípio da legalidade (se tais premissas querem tratar como erro deve ser reformado o art. 14 do CP), e dogmaticamente insatisfatória na medida em que pode dar lugar a soluções versáteis (o que sabe que o que está fazendo não é correto de tudo, pode acabar respondendo por tudo que aconteça, inclusive quando dificilmente previsível)”⁷³⁸.

Não se pode tangenciar a crítica do respeitável jurista, mas a ele se devem opor alguns argumentos: a) o instituto do erro é previsto em códigos penais de diversos Estados, mas não se pode confundir erro com erro intencional; b) o princípio da legalidade deitou raízes em constituições de diversos Estados por todo o mundo, mas seria ingênuo ignorar que a lei pode ser violada de duas formas, às escâncaras, mas também por meios fraudulentos, e nessa segunda hipótese o que viola a lei procura fazê-lo dando aparentes contornos de legalidade à sua conduta; c) todo aquele que é detentor de conhecimentos especiais e voluntariamente decide cerrar vistas aos sinais de risco age, não com mera imprudência, mas com intencionalidade criminosa, além do que a previsibilidade ou imprevisibilidade de um dano ou risco de dano é diretamente proporcional aos conhecimentos (especiais ou simplórios) daquele que pratica a conduta.

Ragués i Vallès sustenta que, na doutrina de diversos países a cegueira deliberada não substitui apenas o dolo, mas abrange também a culpa consciente, a depender dos elementos concretos verificados⁷³⁹. Na Espanha, o Tribunal Supremo reconhece que o agente com cegueira deliberada responde “em alguns casos a título de dolo eventual, e em outros a título de culpa”⁷⁴⁰. Nesse prisma, é razoável inferir que nem todas as situações identificadas na doutrina alienígena como branqueamento de ativos perpetrados por meio de cegueira

736 “Con la doctrina de la willful blindness se rebaja el critério exigido para considerar citando existe conocimiento, y adernas se rebajan también las exigências de prueba de tal elemento” (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit. p. 839); ESPANHA. STS 57/2009, j. 02.02.2009 (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 845).

737 FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva em derecho económico y empresarial*. In Dret 2/2009, p. 57. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/130911>. Acesso em 28.12.2022.

738 Relação de críticas à doutrina da cegueira deliberada, na jurisprudência e na doutrina espanhola (BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 387 e ss).

739 Segundo Ragués i Vallès a doutrina da cegueira deliberada abriga casos de dolo eventual e casos de imprudência (RAGUÉS I VALLÈS. Ob. cit., p. 170). Além disso, há precedentes da jurisprudência espanhola que equipara certos casos de cegueira deliberada a hipóteses de imprudência (SIS, 289/2006, BC 844).

740 Há inúmeros julgados e autores que identificam a cegueira deliberada com a culpa consciente, e não apenas com o dolo eventual (BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 385).

deliberada ocasionariam a incidência do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, posto que no Brasil o branqueamento somente pode existir na modalidade dolosa.

Para densificar o exemplo, Blanco Cordero alude a um caso no qual um indivíduo se permitiu atuar como interposta pessoa (“laranja”) para realizar a compra de imóveis para um terceiro, e assim teria procedido sem exigir dele uma explicação plausível e objetiva sobre os motivos pelos quais o próprio adquirente não realizaria a transação em seu próprio nome. O caso em exame foi submetido à cognição do Tribunal Supremo espanhol, o qual condenou o “laranja” por branqueamento de capitais, tendo a Corte aplicado a teoria da cegueira deliberada. Aduz o jurista que a condenação imposta teria sido por crime culposos, eis que o “laranja” não teria adotado qualquer medida de precaução para que sua atuação não favorecesse a comissão do delito⁷⁴¹.

Opinando sobre o exemplo, Pierpaolo Bottini⁷⁴² sustenta que o Tribunal Supremo da Espanha teria manejado a teoria da cegueira deliberada como substituto da culpa consciente, afastando uma ação movida por dolo eventual, de modo que, se o mesmo caso tivesse sido julgado no Brasil estaríamos diante de uma conduta penalmente atípica. Em contraponto a tal interpretação cabem algumas indagações: a) o “laranja” condenado por branqueamento aceitou atuar como interposta pessoa gratuitamente, ou obteve alguma remuneração? b) o motivo basilar para que o “laranja” agisse como interposta pessoa foi o sentimento de solidariedade humana, ou por acaso teria sido o desejo de obter alguma vantagem financeira ofertada pelo verdadeiro adquirente do bem? c) se não havia qualquer ilicitude na operação por quais motivos o verdadeiro adquirente resolveu ocultar sua identidade e manipular o “laranja” como se este fosse uma espécie de clone? d) aquele que realiza operações em nome de terceiros, inclusive operações imobiliárias atípicas, tem direito líquido e certo a agir imprudentemente, ou é sensato que dê atenção a seus conhecimentos especiais e à experiência comum do homem médio? Quaisquer que sejam as respostas oferecidas aos questionamentos acima alinhados teremos um credo de fidelidade: algumas respostas revelarão clara fidelidade ao direito, à verdade e à boa fé; outras, porém, deixarão indisfarçável sua fidelidade ao dinheiro (seja ele lícito ou ilícito), pois, afinal *pecunia non olet*.

Embora seja certo que exista alguma fluidez entre dolo eventual e culpa consciente, é igualmente certo que, no Brasil, a teoria da cegueira deliberada esteja associada ao conceito de dolo eventual, e não ao conceito de culpa consciente. E para que a cegueira deliberada tenha incidência ao caso concreto é necessário que o sujeito crie barreiras ao próprio

741 ESPANHA. STS 34/2007 (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p 890).

742 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 138.

conhecimento, de forma consciente e voluntária, e o assim o faça com o propósito de se afastar da atividade ilícita, caso ela se verifique⁷⁴³. Para alguns, a ausência de criação de mecanismos de controle aos atos de branqueamento traduz mera negligência, e, portanto, seria insuficiente para atrair o dolo eventual, mas seria ingênuo admitir que profissionais com elevado grau de expertise, que resolvem ignorar sinais de alerta próprios de sua atividade profissional estejam agindo apenas com mera negligência.

Nesse cenário hipotético, cabe indagar: o diretor de uma instituição financeira que se limita a receber relatórios gerais, mas que opta por tangenciar algum alerta advindo do setor de segurança interna sobre operações atípicas estaria agindo com mera desídia? E se esse diretor ostentar anos de experiência e acentuada capacitação técnica, ainda assim é possível afastar uma atuação dolosa? Caso a resposta a ambos os quesitos seja positivo temos que admitir que as instituições financeiras conferem responsabilidade demasiada a indivíduos indolentes ou despreparados, mas tal conclusão não é compatível com o fim que move as instituições financeiras: o lucro.

É certo que não se pode confundir cegueira deliberada com desorganização institucional, mas também não se mostra razoável partir da premissa que instituições financeiras sejam, em regra, desorganizadas, pois se o fossem sequer sobreviveriam à competição de mercado. Assim, quando um diretor de instituição financeira, ou mesmo alguém que exerça cargo de gerência, é orientado a seguir normas de *compliance*, e mesmo assim as ignora, isto não pode ser admitido como mera negligência, sob pena de restar caracterizada absoluta ingenuidade do intérprete. E na hipótese do diretor desativar o setor de controle interno, e suspender os mecanismos de registro de dados sobre transações de clientes, com a direta intenção de afastar os filtros de cuidado, para os que optam por uma interpretação condescendente, ele está apenas gerando uma situação de cegueira deliberada, mas talvez esteja dando início a um crime comissivo por omissão, e esteja atuando com dolo direto. Por certo a dúvida estará dissipada ao cotejar tal procedimento com a conduta corriqueiramente adotada pelo multicitado diretor em situações análogas pretéritas.

Como admitir que um profissional experiente do mercado financeiro que deliberadamente elimina os filtros do *compliance* não esteja representando a criação de riscos desnecessários (e proibidos)? Se o agente não quer conhecer a procedência dos bens ou do

⁷⁴³ Nessa linha de entendimento, a Ministra Rosa Weber, membro do STF, se mostra adepta da teoria da cegueira deliberada, e no voto que prolatou nos autos da Ação Penal nº 470, apontou expressamente que o instituto exige “(i) ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime; (ii) o atuar de forma indiferente a esse conhecimento; (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa” (Acórdão da Ação Penal nº 470, p. 1273).

numerário que lhe chega às mãos para que com eles realize uma operação, isto por si só já se mostra inusitado, nomeadamente diante dos deveres de prevenção impostos por normativas internacionais e por dispositivos legais internos. E se, para além disso, o agente representa como provável a origem delitiva dos bens ou do numerário, e mesmo ainda assim realiza a operação, é óbvio que estará atuando com cegueira deliberada.

Aliás, quanto a isso adverte Sérgio Moro⁷⁴⁴ que “desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ignorância deliberada, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e quicá de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo”. Em contraponto, Blanco Cordero⁷⁴⁵ assinala que se lhe faltar a consciência de que tais filtros lhe impedirão de ter ciência de atos infracionais penais, fica absolutamente excluído o dolo eventual. A grave questão é admitir como possível que alguém que ocupe um cargo diretivo, que exige conhecimentos especiais, e cujo exercício impõe sujeição a uma gama de deveres de prevenção, não detenha consciência sobre os efeitos advindos da eliminação dos tais filtros.

O mesmo Blanco Cordero hipotetiza a situação em que um doleiro conceba mecanismos para não receber notícias sobre a origem dos numerários que tem sob sua gestão, e assim proceda por admitir que, pelo menos alguma parte deles, seja oriunda de infrações administrativas ou tributárias, mas sem cogitar que possam ser provenientes de infrações penais. Complementa o jurista espanhol que nesse caso inexistirá dolo eventual para fins de branqueamento.

Será mesmo possível que exista no século XXI um doleiro em atuação com esse grau de ingenuidade? E se agiu imbuído por tanta boa-fé, por quais motivos teria concebido mecanismos para se afastar das notícias que lhe revelassem a possível origem espúria do capital que lhe é dado a gerir, ou cambiar? É provável que tais quesitos não obtenham uma resposta minimamente convincente. E se um diretor de instituição financeira suprimir os sistemas de *compliance* e desativar mecanismos de comunicação, será virtualmente impossível que ele não represente a possibilidade de favorecer operações de branqueamento,

744 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 169.

745 CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 820.

razão por que inexistirá a mais remota dúvida de que o mesmo estará atuando, no mínimo, com dolo eventual⁷⁴⁶.

É claro que a configuração de uma operação suspeita não pode derivar de especulação cerebrina, e que precisa estar ancorada em elementos objetivos, mas isso não implica dizer que a aferição de tais elementos objetivos dependa da “régua personalíssima” de cada intérprete. Com efeito, o mais fiel dos critérios para clarificar se o agente representava ou não o risco, se o agente se afastou deliberadamente do conhecimento que lhe estava acessível, se o agente agiu com cegueira deliberada, é confrontar seu *modus operandi* no caso suspeito com o *modus operandi* que adotou em casos similares pretéritos. A mudança do comportamento padrão, especialmente do detentor de conhecimentos especiais, precisa ter uma explicação razoável, e tal explicação normalmente está associada a incentivos financeiros pouco republicanos. Se é correto admitir como imprescindíveis elementos concretos, que gerem na mente do autor a dúvida razoável sobre a licitude do objeto sobre o qual realizará suas atividades⁷⁴⁷, é igualmente correto que os graus de suspeita e probabilidade de realização de uma operação de mascaramento podem e devem ser aferidos a partir de um padrão de comportamento próprio da atividade, e caso identificado um afastamento desse padrão será forçoso admitir a ocorrência de um estado de cegueira deliberada.

Explicando seu conceito do que seria “fechar deliberadamente os olhos diante do óbvio”⁷⁴⁸, Blanco Cordero pondera que a cegueira deliberada não é apenas uma situação objetiva, pois exige sempre: a) uma suspeita anterior do agente de que talvez esteja sendo instrumentalizado para uma prática delitiva, b) a probabilidade de que a operação suspeita seja de fato uma operação de dissimulação criminosa; c) a evitabilidade dessa operação para obstar o curso causal do branqueamento.

A jurisprudência brasileira tem seguido nesta trilha, consoante se observa em elucidativo trecho de sentença prolatada numa das ações penais decorrentes da Operação Lava Jato. Destacou o magistrado prolator que “não se trata de dolo sem representação. O agente representa a elevada probabilidade de que os valores envolvidos constituem produto de crime e que, se persistir na conduta de ocultação ou dissimulação, corre o risco de lavar o produto do crime. O agente não é punido pela ignorância deliberada, ou seja, por sua escolha em não aprofundar o seu conhecimento. Esse elemento serve apenas como prova da representação da

746 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 830.

747 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 832-839.

748 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 833. Para uma análise da aplicação da teoria da cegueira deliberada aos casos dos muleiros que oferecem sua conta bancária para que terceiros enviem dissimuladamente dinheiro para outro país (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 850 e ss.).

probabilidade da origem criminosa dos valores, ou seja, ele escolhe não aprofundar o seu conhecimento, pois de antemão tem presente o risco do resultado delitivo e tem a intenção de realizar a conduta, aceitando o resultado delitivo como probabilidade”⁷⁴⁹.

Portanto, em síntese a tudo quanto acima exposto acerca dos vínculos ontológicos entre dolo eventual e cegueira deliberada, resta forçoso assinalar que a configuração desta última estará presente quando houver: a) ponderável suspeita do agente de que talvez esteja sendo instrumentalizado para uma prática delitiva, b) probabilidade de que a operação suspeita seja de fato uma operação de ocultação ou dissimulação de vantagens de origem ilícita; c) criação consciente de barreiras ao próprio conhecimento e à própria representação de que talvez esteja colaborando para a ocultação de recursos ilícitos; d) acessibilidade do conhecimento sobre os fatos ou circunstâncias que dissipariam a dúvida e confirmariam (ou rechaçariam a suspeita); e) evitabilidade dessa operação para obstar o curso causal do branqueamento. Por consequência, existirá cegueira deliberada quando presentes os elementos do dolo eventual (CPB, art. 18, inciso I).

A propósito da presença do erro, no âmbito dos crimes de branqueamento, Callegari⁷⁵⁰ adverte metodologicamente que podem existir tanto o erro de tipo quanto o erro de subsunção. O primeiro incidirá sobre a base fática, o segundo sobre a base axiológica. No erro de tipo o sujeito se engana sobre as circunstâncias concretas do crime subjacente. Entretanto, se o agente conhece o contexto fático da conduta pretérita, mas não a percebe como infração penal, inexistirá o crime de branqueamento. Nesse caso se verifica um erro de subsunção pela valoração equivocada sobre os fatos que originaram os bens ou recursos⁷⁵¹.

Para densificar cada uma das hipóteses, cogite-se que um indivíduo presencie um parente a receber algum numerário de terceiros, e logo em seguida, a pedido do próprio parente o ajuda a esconder tais valores com o fim de inibir que eventuais credores dele saibam da existência do capital e busquem o recebimento de seus créditos. Nesse caso, se o dinheiro deriva de um delito de corrupção, mas o parente solícito pensa que era derivado da venda de um bem de origem legítima haverá erro de tipo. Aquele que ajudou a esconder o dinheiro do parente afortunado terá agido sem dolo (direto ou eventual). Por outro lado, a conduta do

749 BRASIL. Juízo Federal da 13ª. Vara Criminal de Curitiba. Sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000/PR de 02.02.2017.

750 CALLEGARI, André Luís. O erro de tipo no delito de lavagem de dinheiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 502-507, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36170>. Acesso em: 28.12.2022.

751 O erro de tipo não deve ser confundido com o erro de subsunção sobre a denominação ou qualificação do antecedente, absolutamente irrelevante e relação ao dolo (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 909-910).

indivíduo que recebeu o dinheiro da corrupção alheia e manipulou o próprio parente para ocultar o numerário, poderá configurar branqueamento de capitais.

Frise-se, entretanto, que o erro de fato somente será relevante se incidir sobre um elemento típico do delito subjacente. Já o erro sobre autoria, lugar, tempo ou forma da infração são irrelevantes, se não integram a descrição típica⁷⁵². Por igual, o erro sobre a culpabilidade do agente ou sobre a punibilidade dos fatos não gera efeito algum, eis que basta a tipicidade e a antijuridicidade para cristalizar o subsequente delito de branqueamento. Além disso, o autor do branqueamento também deve perceber a origem ilícita dos bens ou vantagens que chegam à sua posse. Entretanto, se conhece o agente o contexto fático da conduta anterior, mas não a percebe como criminosa, não haverá dissimulação de ativos, porque o sujeito terá cometido uma valoração equivocada dos fatos.

Bottini exemplifica o instituto propondo hipótese em que o sujeito receba certo numerário de um amigo, e que seria proveniente de uma rifa, realizada anualmente, com a participação dos membros de igreja e de pessoas respeitáveis da comunidade, mas aquele que pretende ocultar o dinheiro tem por escopo evitar que o mesmo integre a sua partilha de bens, por estar em processo de divórcio. Nessa hipótese, o sujeito que pratica o branqueamento (por ocultação) efetivamente conhece o contexto fático, tem ciência que o dinheiro é oriundo de uma rifa, mas ignora a ilicitude de sua própria conduta a partir da convicção de que a rifa contou com a participação de indivíduos respeitáveis da comunidade⁷⁵³. Situação similar se observa quando alguém recebe para ocultar dinheiro de sonegação fiscal, ou outro delito contra a ordem tributária. A depender dos precários conhecimentos daquele que aceitou ocultar o numerário, ainda que ele disponha do conhecimento efetivo sobre o fato pretérito, não dispõe de capacidade de compreender que aqueles fatos configuram um crime, e por isso estará em erro de tipo derivado de um erro de subsunção⁷⁵⁴. Por consequência, não terá praticado crime de branqueamento, ainda que nesse caso o erro de tipo em questão seja muito análogo ao erro de proibição.

Morais Pitombo argumenta que em tal hipótese o erro deixa de existir caso o agente conheça o desvalor geral do ato precedente, pois não seria necessário que o sujeito percebesse estar colaborando para ocultar vantagens derivadas de uma infração penal, sendo suficiente

752 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 906-908; PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 227.

753 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 141.

754 O erro de subsunção pode ser irrelevante quando se refere à qualidade ou *nomen iuris* do comportamento, mas será relevante quando incide sobre a antijuridicidade do feito (CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 909-910).

sua percepção de que estava colaborando com um ilícito anterior⁷⁵⁵. Nessa linha de raciocínio, pouco importa se a conduta pretérita configura ilícito civil ou administrativo, pois o erro estará afastado na medida em que o agente compreende o desvalor da ação pretérita, ainda que ignore que a mesma ostenta desvalor penal. Trata-se de tese defensável na construção do erro de proibição, não aparentemente inaplicável ao erro de tipo, eis que a configuração do branqueamento somente se perfaz quando a conduta pretérita que gerou a vantagem ilícita for uma “infração penal”, e não mera infração⁷⁵⁶.

E quanto ao momento do dolo? Se é certo que dolo é conhecimento e vontade, isto não implica dizer que ambos os elementos surgem ao mesmo tempo. De toda sorte, Roxin adverte que o dolo do branqueamento deve ser atual e acompanhar a execução dos atos de encobrimento. O dolo antecedente, presente apenas na cogitação ou nos atos preparatórios, não é suficiente para a tipicidade subjetiva⁷⁵⁷. Por consequência, o autor do delito subjacente somente estará cometendo branqueamento se voluntariamente participar da dissimulação subsequente. Nesse cenário, o autor de um delito de corrupção que tenciona remeter o numerário espúrio a uma conta *offshore*, aberta em nome de um “laranja”, efetivamente tem o dolo específico da lavagem de ativos, mas esse dolo só se revelará eficaz se deflagrado o processo de encobrimento. Blanco Cordero assinala que se o agente mudar de ideia e vier a utilizar o dinheiro para pagar uma dívida, inexistirá o branqueamento, ainda que o credor mascare os valores para sonegar imposto de renda, remetendo-os a uma conta secreta em paraíso fiscal⁷⁵⁸. Por outro lado, assim como o dolo antecedente é insuficiente, o dolo subsequente também não basta⁷⁵⁹, eis que o beneficiário final dos bens ou dinheiro já branqueado não poderá responder pelo crime, se dele não participou, tampouco conhecia as operações pretéritas de reciclagem no momento de consumação do negócio ou da operação. A depender das circunstâncias fáticas, esse destinatário final poderá ser um terceiro de boa-fé, ou quando muito poderá ser chamado a responder pelo delito de receptação (CPB, art. 180).

Luiz Régis Prado aborda um *tertium genus*, qual seja, o dolo superveniente, o qual se verifica quando a vontade de resultado aparece durante a execução, inicialmente culposa,

755 PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 225; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Ob. cit., p. 143.

756 “El autor del delito de blanqueo de capitales há de proceder a una valoración de los hechos que ha percibido. De tal valoración ha de derivarse que tales hechos constituyen una conducta delictiva (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 803).

757 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 454; MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 88; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 55; CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 804-811.

758 Pode-se, inclusive, reconhecer a ausência de elementos subjetivos de autoria de lavagem de dinheiro, mas, do ponto de vista subjetivo, também é possível excluir a tipicidade. Nesse sentido: ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 454.

759 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 807-808.

atípica ou voltada para outra finalidade. O jurista pontua que o dolo superveniente é capaz e preencher o elemento subjetivo do tipo penal⁷⁶⁰. Destarte, se alguém inicia uma agressão contra outrem movido apenas com o propósito de surrar o desafeto, mas durante a execução decide dar cabo da vida da vítima, haverá superveniência do *animus necandi*, o qual será suficiente para a tipificação de um homicídio, quer seja ele consumado ou tentado. Transplantando a situação para o crime de branqueamento, pode-se admitir situação em que o sujeito receba recursos financeiros de outrem em sua conta corrente, com pedido expresso de que detenha consigo o numerário para posterior utilização em atividade econômica lícita, mas depois disso vem a saber que o dinheiro teve origem espúria.

Nesse caso, a admissão do branqueamento como crime permanente (especialmente nas hipóteses do art. 1º, §1º da Lei nº 9.613/98), exigirá do correntista que se livre do dinheiro espúrio outrora recebido e comunique os fatos às autoridades, pois, do contrário, estará colaborando com a ocultação alheia, e assim estará procedendo com dolo superveniente. Todavia, se admitirmos o branqueamento como delito instantâneo, será forçoso aceitar que o crime se consumou no momento do depósito, e naquele momento inexistia o conhecimento da origem ilícita do numerário. Nessa situação, ter-se-á apenas dolo subsequente, de modo que a manutenção do dinheiro na conta corrente consistirá em mero efeito de um delito pretérito, e por isso mesmo será penalmente atípica. Contudo, se, agora ciente da origem criminosa do dinheiro, o correntista vier a movimentá-lo, certamente estará agindo com dolo atual, e por isso mesmo estará consumando um ato de branqueamento.

Quanto aos elementos subjetivos especiais do branqueamento⁷⁶¹, cumpre observar que eles não estão presentes no ordenamento brasileiro, pois segundo se infere no teor do art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, se exige tão somente o dolo de ocultar ou dissimular vantagens ilícitas derivadas da infração penal subjacente, sendo tal comportamento reputado suficiente para afetar a administração da Justiça⁷⁶². Todavia, uma interpretação teleológica agrega uma intenção transcendental ao comportamento típico, vale dizer, a vontade de reciclar o capital por meio de operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas. Não é suficiente a

760 PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 227.

761 Acerca do dolo e seus elementos subjetivos: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit., p. 500; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 261. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Dolo genérico versus dolo específico: reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto*. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Dolo-gen%C3%A9rico-versus-dolo-espec%C3%Adfico%3A-reflexiones-y-Navarrete/90c320b1970aab436a39c1e53500e9293b1ec835>. Acesso em 28.12.2022.

762 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 89; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 57.

intenção de ocultar ou dissimular, é preciso a vontade de lavar ou reciclar o capital sujo⁷⁶³, de usar operações diversas para inserir os valores maculados no sistema econômico com aparência de licitude.

Pondera Luiz Régis Prado⁷⁶⁴ que o fato desse elemento subjetivo especial não estar explicitado na redação legal não retira sua qualidade de elementar típica, seja porque a maior parte da doutrina admite a existência de elementos típicos implícitos quando decorrentes da interpretação lógica e sistemática do ordenamento, seja porque o art. 1º da Lei nº 12.683/2012 assinala que seu propósito é tornar mais eficiente a persecução penal contra os crimes de branqueamento, e desta forma evidencia que a direção teleológica da norma é a ocultação para fins de lavagem de ativos, e não o mero mascaramento de bens ou vantagens ilícitas para usufruto posterior. Aliás, em idêntica linha de raciocínio, vale relembrar que nos crimes contra a honra se exige mais que o dolo da ação típica. É imperativo que esteja presente um elemento subjetivo especial voltado à violação da honra da vítima (um *animus injuriandi* ou *difamandi*), e isso se dá mesmo que tal específico propósito não esteja explicitado na redação do tipo penal.

De fato, caso fosse exigível tão somente o dolo de ocultar ou dissimular, não haveria distinção significativa entre os crimes de branqueamento e favorecimento real (CPB, art. 349), eis que o ato de “tomar seguro o proveito do crime” constitui elemento típico deste segundo delito, e para que se implemente impõe logicamente alguma ação de encobrimento. Portanto, caso a ocultação com o mero propósito de camuflar a vantagem ilícita oriunda do delito subjacente fosse suficiente à caracterização do branqueamento, por certo que o crime de favorecimento real estaria exaurido, eis que abrangido em todas as suas formas pela conduta branqueadora, especialmente por força do princípio da consunção. Por outro lado, a identificação do branqueamento com o crime favorecimento real tornaria impeditiva qualquer punição pela autolavagem, pois a simples ocultação do produto do delito por seu autor, sem intenções outras, representaria o desdobramento natural da conduta delinquente pretérita, e a repressão do criminoso por tal conduta subsequente seria inviável, ante a inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido, Blanco Cordero⁷⁶⁵ relembra ser descabida a pretensão normativa de que o criminoso não busque encobrir ou ocultar por algum meio o proveito de

763 OLIVEIRA, Willian Terra de. Ob. cit., p. 329; VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18.

764 PRADO, Luiz Régis. Ob. cit., p. 250; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 2. Ob. cit., p. 348.

765 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 639.

seu ato ilícito. E para além disso, a identificação plena entre favorecimento real e a lavagem de ativos seria incompreensível sob o prisma político-criminal, especialmente porque ao mesmo comportamento estaria cominada detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses e multa, no âmbito do CP brasileiro, e pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos e multa, na Lei nº 9.613/98.

Na verdade, a única diferença ontológica entre as duas condutas, a ponto de justificar uma distinção qualitativa entre o branqueamento e o favorecimento real, seria a gravidade muito mais severa daquele primeiro ilícito. Nessa linha de raciocínio, pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o crime de branqueamento seria uma espécie de favorecimento real qualificado pela intenção de ocultar os bens através de sua reciclagem. O branqueamento ultrapassa o mero mascaramento de vantagens ilícitas com o escopo de tornar seguro o proveito do delito subjacente. O propósito da lavagem de ativos se perfaz com a ocultação ou dissimulação destinada à assepsia do dinheiro sujo, mas com foco em sua reintegração no circuito econômico, já com aparência de licitude. Assim, tanto o branqueamento quanto o delito de favorecimento real malferem o bem jurídico “administração da justiça”, entretanto, a gravidade ocasionada pelo branqueamento é muito superior, precisamente pelo fim transcendental de conferir ao produto do ilícito um aspecto de legitimidade, qualificando a afetação do bem jurídico pelo uso de subterfúgios de mascaramento via movimentos aparentemente lícitos⁷⁶⁶. Por tudo isso, é razoável inferir que o delito de branqueamento, no Brasil, se mostra assimétrico, eis que o elemento volitivo não incide apenas sobre os elementos objetivos do tipo, ampliando-se em busca da reinserção do numerário escuso na economia formal, e mesmo que tal reintegração seja desnecessária para a consumação do tipo, é imperativo provar o desejo de alcançá-la, no plano subjetivo, pois do contrário resultará tão somente o crime de favorecimento real⁷⁶⁷.

766 Nesse sentido: Acórdão do TRF5 na Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0, 2ª Turma, rel. Des. Federal Rogério Fialho Moreira, DJ 22.10.2008. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 28.12.2022.

767 “De qualquer modo, a movimentação de bens e valores provenientes do crime-base, deve ser feita com o objetivo de se integrar ao patrimônio do criminoso, com a aparência de produto lícito, pois se, por exemplo, ao traficante de drogas interessa tão somente gastá-lo de forma perdulária e em proveito próprio, ou se lhe satisfaz tão somente guardar o ‘dinheiro sujo’, sem colocá-lo no sistema financeiro, não há que se falar em lavagem” (BARROS, Marco Antonio. Ob. cit., p. 50). No mesmo sentido: “A ocultação de um bem ou de determinada quantia de origem ilícita, sem a finalidade de inseri-los nos sistemas econômico e financeiro, não configura lavagem de dinheiro, podendo caracterizar outro ilícito penal (v.g., receptação ou favorecimento real)” (BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 29). No mesmo sentido: “*Los actos que tienen por objeto asegurar o realizar el beneficio obtenido por el hecho delictivo por parte del próprio sujeto activo son ato penados em el tipo penal del inicial reproche y no pueden ser objeto de una nueva punición*”, em *Acelerar primero*” (RODRIGUEZ, Maria Gutierrez. Ob. cit., p. 7). Com o mesmo entendimento: BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 147; Abel souto, Miguel. Ob. cit., p. 103.

Veríssimo De Carli⁷⁶⁸ também enfrentou a questão dos elementos subjetivos especiais no branqueamento, e preconizou que, “ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica de lavagem de dinheiro é necessário considerar o conjunto de operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos ilegais em si. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não tem, na realidade, o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico. (...) A ilicitude ocorre quando essas operações são realizadas sobre bens ou valores ilicitamente obtidos, com a finalidade de ocultar ou dissimular sua origem criminosa, possibilitando que circulem com aparência de legitimidade”. E no plano da doutrina estrangeira Blanco Cordero⁷⁶⁹ invoca acórdão do Tribunal Supremo da Espanha (STS nº 884/2012) que, apreciando imputação de branqueamento de dinheiro, proclama que “para cumprir o juízo de tipicidade, portanto, não bastará a verificação do tipo objetivo. Será essencial a prova da vontade de desencadear um processo de integração ou reconversão dos bens obtidos através da prática anterior de um fato criminoso, conseguindo assim a aparência de legalidade do produto associado ao crime”⁷⁷⁰.

Tais reflexões doutrinárias encontraram eco nos votos de alguns membros do STF, por ocasião do julgamento da Ação Penal nº 470. Ao cotejar os crimes de branqueamento e corrupção passiva, asseverou o Min. Barroso que “o recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida”⁷⁷¹. O magistrado explicitou o fim específico de reinserção na economia formal, da vantagem indevidamente obtida, e tal fim é perseguido, ainda que não seja alcançado eficazmente pelo branqueador. E seguido a mesma trilha, o Min. Zavascki asseverou que “à luz dessas premissas teóricas, tem-se que os fatos narrados na denúncia - o recebimento de quantia pelo

768 DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008. p. 108-110.

769 ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Segunda. Recurso nº 10.457/2012. Sentencia nº 848/2012. Julgamento em 08.11.2012. Disponível em: <https://vlex.es/vid/blanqueo-capital-telefonicas-non-sms-414692598>. Acesso em: 28.12.2022.

770 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit. p. 600. No mesmo sentido o STS 265/2015, de 29 de abril. Entretanto, Blanco Cordero entende que a alteração no CP espanhol de 2010, que inseriu uma segunda modalidade de lavagem de dinheiro que suprimiu a necessidade desta finalidade específica para esses casos (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit. p. 606).

771 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do 6º Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470 (fls. 31).

denunciado, por meio de terceira pessoa - não se adequa, por si só, à descrição da figura típica. Em primeiro lugar porque o mecanismo de utilização da própria esposa não pode ser considerado como ato idôneo para qualificá-lo como “ocultar”; e ademais, ainda que assim não fosse, a ação objetiva de ocultar reclama, para sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores. Embora conste da denúncia a descrição da ocorrência de crimes antecedentes (contra o sistema financeiro nacional e a administração pública), bem como a afirmação de que o embargante era consciente de que o dinheiro tinha como origem organização criminosa voltada para a prática desses crimes, almejando ocultar a origem, natureza e o real destinatário do valor pago como propina, enviou sua esposa (...) para sacar no caixa o valor de (...), ela não descreve qualquer ação ou intenção do réu tendente ao branqueamento dos valores recebidos”⁷⁷². Destarte, ao cindir o crime subjacente (corrupção passiva) do subsequente branqueamento, o magistrado sinalizou para a necessidade de identificar uma “ação ou intenção do réu tendente ao branqueamento dos valores recebidos”.

Conclusivamente, o que se observa é que o dolo de ocultar ou dissimular, no delito de branqueamento, é composto por um elemento subjetivo especial, consistente na intenção de reinserir o produto da infração penal na economia, sob uma aparência lícita. Assim, “a mera ocultação física de produto do delito, por si só, não tipifica o delito de lavagem de capitais. É preciso mais. É imprescindível, ao menos, que essa ocultação já demonstre - posto que de forma indiciária, no momento do recebimento da denúncia - que o agente inicia um ciclo que culminará com a conferência da aparência de licitude ao produto do delito. A se entender que a mera ocultação física de produto de crime tipifica o delito de lavagem, vincula-se qualquer crime que gere algum produto financeiro, também, à prática do crime de lavagem de capitais. Ou seja, qualquer um que praticar delito que gere proveito econômico praticará, automática e inevitavelmente, também o delito de lavagem de capitais”⁷⁷³.

Uma vez examinados os elementos objetivo e subjetivo do crime de branqueamento, segundo as disposições do art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98, passaremos doravante a escrutinar as hipóteses legais de lavagem de ativos, tal como tipificadas no art. 1º, §1º do mesmo diploma, segundo o qual “incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em

772 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do 6º Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470 (fls. 43).

773 BRASIL. Juízo da 6ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo. Ação Penal nº 0000310-82.2011.4.03.6181. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/1316207157/inteiro-teor-1316207165>. Acesso em: 20.12.2022.

depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”.

Para Tigre Maia, o indigitado §1º indica modalidades de ocultação ou dissimulação das vantagens espúrias, mas para Sanchez Vilardi, tais condutas consistem na reintegração do capital à economia⁷⁷⁴. Não por acaso é frequente perceber nos casos concretos a identidade entre as condutas de caráter geral (art. 1º, *caput*), com as condutas específicas (art. 1º, §1º), eis que normalmente quem as pratica, em regra, também realiza os tipos básicos de ocultação e dissimulação.

É relevante observar certa peculiaridade que distingue as condutas basilares de ocultação e dissimulação, das demais previstas no multicitado §1º, do art. 1º da Lei nº 9.613/98. No *caput*, o legislador brasileiro aludiu genericamente a bens, direitos e valores, “direta ou indiretamente” provenientes de infrações penais. Já no §1º do mesmo dispositivo tal expressão foi suprimida, e é sempre oportuno lembrar que a lei não tem palavras inúteis⁷⁷⁵. Bem por isso, é razoável extrair uma interpretação restritiva quanto ao objeto material do tipo penal contido no art. 1º, §1º do diploma antilavagem brasileiro, os quais devem ser diretamente oriundos de infração penal. Destarte, os 13 (treze) verbos assinalados no multicitado §1º compõem uma segunda escala de branqueamento, a qual somente se implementa se realizar o mascaramento de vantagens diretamente oriundas do crime subjacente. É o que se pode chamar de branqueamento de primeiro grau, ao passo que os 2 (dois) verbos do *caput* (ocultar e dissimular) admitem outros graus ou etapas de branqueamento.

A princípio, a origem direta ou indireta das vantagens ilícitas não implica em diferença prática para fins de consumação do branqueamento, eis que as operações realizadas com bens indiretamente oriundos de infrações penais normalmente serão abrangidas pelo tipo penal estatuído do *caput* do art. 1º, todavia, as hipóteses de guardar ou ter em depósito representam uma modalidade especial de ocultação ou dissimulação, e a explicitação do elemento volitivo tem o condão de reforçar a sua existência implícita no dispositivo anterior. Com efeito, ao executar as ações correspondentes a tais verbos, o sujeito estará ocultando ou dissimulando os bens, direitos ou valores de procedência ilícita, salvo se os mesmos já estiverem sendo monitorados por autoridades públicas de investigação. Portanto, nesses dois casos o tipo penal será crime de resultado, na medida em que realizará o mascaramento das vantagens ilícitas,

774 MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 95. Há quem afirme, contudo, que tais condutas consistem na reintegração do capital à economia, o momento final do ciclo de lavagem de dinheiro (VILARDI, Celso Sanchez. Ob. cit., p. 19).

775 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 91.

afetando a administração da justiça da mesma forma que o fazem as condutas do *caput*⁷⁷⁶. Para além disso, somente se implementam as duas condutas (guardar ou ter em depósito) mediante condutas comissivas.

Tratemos agora de alguns dos 13 (treze) verbos, para delimitar-lhes o alcance. A conversão em ativos lícitos se opera por meio da transformação das vantagens diretamente oriundas de infrações penais em outras passíveis de integrar o patrimônio do agente⁷⁷⁷. É possível a conversão de “dinheiro sujo” em moeda estrangeira, com a substituição de dívidas, ou mediante a compra de ouro, imóveis, etc.⁷⁷⁸. Todavia, tal conversão somente será penalmente típica se inoculada pelo dolo específico de ocultação e reciclagem. Por consequência, a aquisição de bens para consumo próprio, ainda que represente uma conversão dos valores contaminados em ativos lícitos, não será suficiente para caracterizar conduta branqueadora pela ausência do fim de mascaramento⁷⁷⁹.

Frise-se que o art. 1º, §1º, inciso II, da Lei nº 9.613/98 é composto por 10 (dez) verbos, entretanto, o eventual cometimento de mais de um deles não importará necessariamente em pluralidade de delitos, salvo se as ações disserem respeito a operações distintas. Destaca Abel Souto que, à partida, o tipo penal é implementado por todo aquele que adquire, recebe, ou recebe em garantia, os bens de origem ilícita⁷⁸⁰. Em tais hipóteses não poderá figurar como sujeito ativo do branqueamento o autor do delito subjacente, pois é impossível receber a vantagem ilícita de si mesmo⁷⁸¹. Por óbvio, em tais casos não se admite a autolavagem, salvo em casos de extensas cadeias de branqueamento, nas quais o autor do ilícito original recebe, adquire, ou recebe em garantia, a mesma vantagem espúria, após várias transações ou movimentações, em uma circularidade que pode ser observada em contextos criminosos complexos, sofisticados e especializados. Além disso, sob o rótulo de tais verbos o delito de branqueamento ostenta natureza de crime instantâneo.

Relativamente às condutas de guardar ou ter em depósito, igualmente previstas no inciso II, o delito de branqueamento será de natureza permanente, posto que, enquanto perdurar a guarda (conduta diversa de mera ocultação), ou o depósito da vantagem ilícita, o

776 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 546.

777 DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 200.

778 DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 201.

779 “A inexistência da ressalva converteria o gasto dos bens oriundos do crime antecedente em lavagem, porque todo e qualquer gasto converte dinheiro em espécie em outra coisa (bens ou serviços)” (DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 203).

780 ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 20.

781 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 57; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 205.

delito estará sendo consumado, e por isso mesmo, seus autores permanecem em estado de flagrância delitiva. Por outro lado, o termo inicial da prescrição somente se verifica mediante a cessação da permanência da posse das vantagens espúrias. Precisamente porque ninguém guarda ou tem em depósito algo que recebeu de si mesmo (salvo em cadeias complexas de branqueamento), nessa modalidade não se afigura possível punir o sujeito ativo pelo crime subjacente e também por branqueamento, sob pena de restar malferido o *ne bis in idem*, nomeadamente porque, ao manter em sua posse o produto de um crime pretérito, o agente apenas exterioriza mera consequência natural do primeiro ilícito. Sustentar tese contrária implicaria reconhecer que nos crimes contra a ordem tributária o concurso de delitos seria a regra, de vez que, majoritariamente, o numerário sonegado ao fisco já integra o patrimônio do sonegador, e por isso mesmo é natural que permaneça sob sua posse⁷⁸². E para além disso, a eventual dupla punição do agente teria potencial para malferir o princípio da proporcionalidade, eis que ocasionaria sanção mais severa à posse da vantagem ilícita, do que mesmo ao delito que a originou⁷⁸³. Faraldo Cabana pontua ainda que, para além do *bis in idem*, haveria na posse pelo agente do delito subjacente falta de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se pode impor ao autor do delito que não guarde o resultado de sua atividade prévia⁷⁸⁴. Por tudo isso, Blanco Cordero sentencia que o branqueamento nas modalidades de “guardar ou ter em depósito” não admite a autolavagem⁷⁸⁵.

Finalmente, os inciso III do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.613/98 caracteriza como condutas branqueadoras tanto a importação quanto a exportação de bens com valores falsos, e isso certamente se deve à enorme frequência com que os processos de branqueamento se utilizam desta tática, sobretudo nas operações de comércio internacional, onde subsistem maiores dificuldades, em variadas frentes, tais como: a) aferir os valores reais das mercadorias importadas ou exportadas, b) aferir as taxas de câmbio e os valores tarifários aplicados por diferentes mercados; c) contabilizar com alguma segurança os custos efetivos da operação, seja por sua frequente complexidade, gerada por diversas camadas, seja por falta de capacidade estrutural para uma efetiva fiscalização aduaneira⁷⁸⁶.

782 GUTIERREZ RODRIGUEZ, Maria. Ob. cit., p. 5.

783 GUTIERREZ RODRIGUEZ, Maria. Ob. cit., p. 4.

784 FARALDO CABANA, Patrícia. Ob. cit., p. 46 e 61.

785 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 561; GUTIERREZ RODRIGUEZ, Maria. Ob. cit., p. 4; QUINTERO OLIVARES, Gonçalo. Ob. cit., p. 12-13; CARPIO DELGADO, Juana. Ob. cit., p. 15. Adota a mesma posição, mas sugere que seria punível a autolavagem na forma de posse nos casos de impossibilidade de punir pelo crime antecedente (ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 17).

786 DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 207; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 42.

Examinemos doravante os elementos subjetivos presentes nas hipóteses de branqueamento de que trata o art. 1º, §1º da Lei nº 9.613/98. Exigem-se para tanto não apenas o dolo, quanto o elemento subjetivo especial de reciclagem. Por dolo compreende-se o conhecimento da origem ilícita das vantagens, somados à intenção de mascará-los através de algumas das ações previstas nos 13 (treze) verbos distribuídos nos 3 (três) incisos⁷⁸⁷. Especificamente quanto ao dolo, é certo que uma ponderável parcela da doutrina brasileira entende pela inadmissibilidade do dolo eventual nas condutas do aludido art. 1º, §1º da Lei Antibranqueamento⁷⁸⁸, todavia, tal posição comporta alguma reflexão. Com efeito, ainda que o item 40 da Exposição de Motivos nº 692/MJ tenha aludido que o dolo eventual somente seria aplicável às hipóteses do *caput* do art. 1º, cumpre destacar que não se pode jamais confundir a *mens legis* com *mens legislatoris*.

Ainda que o multicitado §1º exigisse de forma explícita o elemento subjetivo especial de branquear⁷⁸⁹, este pode ser implementado através do dolo eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado danoso, precisamente porque, através de seus conhecimentos especiais, representa o risco que sua conduta contribua à lavagem de ativos, e ainda assim prossegue com a operação suspeita. De fato, é perfeitamente possível que uma instituição financeira converta ativos ilícitos em lícitos ao receber significativos depósitos em dinheiro e que sejam oriundos da venda de entorpecentes, mesmo sem que o funcionário do caixa tenha plena certeza que o depositante é um traficante, ou está a serviço da traficância de entorpecentes. Além disso, é plenamente possível que uma instituição financeira receba recursos provenientes de um crime de corrupção passiva, mas cujo titular do numerário espúrio alegue ter obtido por meio de consultorias ou palestras jamais registradas em áudio, vídeo ou fotografias. Nesse caso ainda que o pretense palestrante não disponha de expertise suficiente para desempenhar as funções que alega terem sido a fonte do recurso, e ainda que prepostos da instituição financeira desconfiem que de fato o dinheiro veio da corrupção, provavelmente o depósito será aceito, seja em banco nacional, seja em banco estrangeiro, e também nesse caso o dolo eventual estará presente. Estes são apenas dois exemplos de situações corriqueiras que podem ocasionar crimes de branqueamento, a partir de condutas descritas no art. 1º, §1º da Lei nº 9.613/98, perpetradas por meio de dolo eventual. Portanto, é

787 Conforme Sérgio Fernando Moro, a mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação não configura o crime em comento (MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 206).

788 Inadmitem dolo eventual nos tipos penais em comento: BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 49; PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 228; MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 62.

789 BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot. Ob. cit., p. 49.

imperativo reconhecer que a constatação da intenção transcendental de ocultar ou dissimular a utilização dos bens⁷⁹⁰ não se mostra incompatível com o dolo eventual, mesmo porque o elemento subjetivo especial (intenção de mascaramento) pode ser preenchido na medida em que a vontade do lucro é tão robusta que refreia as cautelas necessárias do agente.

Naturalmente não se pode confundir o recebimento de recursos ilícitos por uma instituição financeira, ou não-financeira sensível, com o fito de reinseri-los no circuito financeiro, com a mera fruição do dinheiro sujo, através da compra (efetiva ou forjada) de carros de luxo, de iates, de aeronaves ou de imóveis. Um carro, um iate, ou reformar a casa aumentando-lhe o valor é transformar o bem originalmente maculado em ativos aparentemente lícitos. Esta foi a situação enfrentada por magistrado que atuou no âmbito da Operação Lava Jato e reconheceu que determinados acusados “receberam vantagem indevida em espécie da empreiteira Andrade Gutierrez, no acerto da corrupção, e realizaram gastos em espécie, do produto do crime. Há, na descrição da denúncia, mero recebimento físico, guarda física, movimentação física e disposição física do dinheiro, o que não basta para caracterizar as condutas típicas de ocultação e dissimulação do art. 1º da Lei 9.613/98”⁷⁹¹.

Destacando a premissa de imprescindibilidade da intenção de ocultar ou dissimular o recurso financeiro de origem espúria, Pierpaolo Bottini argumenta que o advogado que recebe seus honorários em valores maculados, o médico cuja consulta é paga com dinheiro proveniente de ilícitos penais, ou o mecânico cujo serviço é remunerado por numerário e origem delitiva não cometem o crime de lavagem, mesmo que tenham ciência da infração antecedente⁷⁹², salvo se tiverem a intenção de cooperar com seu encobrimento, como nos casos de remuneração por serviços não prestados, de confecção de recibos falsos, sempre com o objetivo de devolver de parte dos valores ao agente de lavagem de dinheiro com aparência lícita. Contudo, tal entendimento é rechaçado por Blanco Cordero, que afirma a possibilidade

790 “Nos crimes de lavagem ou ocultação de valores de que trata o inc. II, do §1º. Do art. 1º. Da Lei 9.613/98, as ações de adquirir, receber, guardar ou ter em depósito constituem elementos nucleares do tipo, que, todavia, se compõe, ainda, pelo elemento subjetivo consistente na peculiar finalidade do agente de, praticando tais ações, atingir o propósito de ocultar ou dissimular a utilizações de bens, direitos ou valores provenientes de quaisquer dos crimes indicados na norma incriminadora. Embora seja dispensável que o agente venha a tingir tais resultados, relacionados à facilitação do aproveitamento (utilização) de produtos de crimes, é inerente ao tipo que sua conduta esteja direcionada e apta a alcançá-los. Sem esse especial elemento subjetivo (relacionado à finalidade) descaracteriza-se o crime de ocultação, assumindo a figura típica de receptação, prevista no art. 180 do CP” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. ARE 686707 AgR/ES. Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.10.2012).

791 BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba. Sentença da Ação Penal nº 5063271-36.2016.4.04.7000/PR, j. 13.06.2017, itens 529 e 530. Disponível em: <https://blogdowillis.files.wordpress.com/2013/08/lava-jato-ap-nc2ba-c2ba-5063271-36-2016-4-04-7000-pr-de-13-06-2017-sc3a9rgio-de-oliveira-cabral-e-outros.pdf>. Acesso em 28.12.2022.

792 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., 152-153.

de punir o advogado que recebe honorários sabidamente maculados, por ato de branqueamento⁷⁹³. Nesse embate, é oportuno ponderar que mesmo que se admita, em tese, que a conduta do advogado que recebe honorários sabidamente maculados não configure lavagem de dinheiro, seguramente não será uma conduta penalmente atípica, pelo menos segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Aliás, para que tal conduta fosse atípica seria necessário, pelo menos, revogar as disposições do art. 180 do CPB, segundo o qual constitui crime de receptação a conduta daquele que “adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

A situação abstrata acima exposta poderia ainda ensejar questionamentos se haveria receptação de dinheiro, tendo em vista que o art. 180 do CPB alude a “coisa que sabe ser produto de crime”, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça registra precedentes segundo os quais existe receptação de dinheiro de origem ilícita. Com efeito, no bojo da Ação Penal nº 472, os membros do STJ apreciaram o caso de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que supostamente teria incorrido nos crimes de peculato e lavagem de dinheiro, isto por haver recebido R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) na sua conta bancária, com o alegado propósito de financiar a campanha eleitoral do irmão do denunciado. A prova colhida demonstrou com segurança a ocorrência do crime antecedente, de modo que restava averiguar se o réu tinha cometido branqueamento por ter recebido e mantido em depósito valores oriundos do crime antecedente. No acórdão respectivo⁷⁹⁴, o STJ firmou um paradigma

793 Originalmente Blanco Cordero seguia a mesma linha: “*El letrado que ejerce su actividad profesional, y que cobra sus honorarios por ello en la medida en que su actuación no tenga una finalidad ocultadora o encubridora, no realiza el tipo del art. 301 num. 1, CP*” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 1. ed. Pamplona, Arazandi, 1997. p. 331). No entanto, diante das alterações na legislação espanhola, o jurista alterou sua percepção e passou a sustentar a possibilidade de punir o advogado que recebe honorários sabidamente maculados por lavagem de dinheiro embora seja crítico a respeito da ampliação do tipo penal (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 779-785).

794 PENAL. RECEBIMENTO DE DINHEIRO DECORRENTE DE CRIME DE PECULATO. “LAVAGEM” OU OCULTAÇÃO DE VALORES (LEI 9.613/98, ART. 1º, § 1º). ESPECIAL ELEMENTO SUBJETIVO: PROPÓSITO DE OCULTAR OU DISSIMULAR A UTILIZAÇÃO. AUSÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, § 6º). EMENDATIO LIBELLI. VIABILIDADE. DENÚNCIA PROCEDENTE. (...) Todavia, foram descritos e devidamente comprovados os elementos configuradores do crime de receptação (art. 180 do CP): (a) a existência do crime anterior, (b) o elemento objetivo (o acusado recebeu dinheiro oriundo de crime), (c) o elemento subjetivo (o acusado agiu com dolo, ou seja, tinha pleno conhecimento da origem criminosa do dinheiro) e (d) o elemento subjetivo do injusto, representado no fim de obter proveito ilícito para outrem. Presente, também, a qualificadora do § 6º do art. 180 do CP, já que o dinheiro recebido pelo acusado é produto do crime de peculato, praticado mediante a apropriação de verba de natureza pública. 3. Impõe-se, assim, mediante *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), a modificação da qualificação jurídica dos fatos objeto da denúncia, para condenar o réu pelo crime do art. 180, § 6º do Código Penal. 4. Nesses termos, é procedente a denúncia. (APn n. 472/ES, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 1/6/2011, DJe de 8/9/2011). Disponível em:

nos precedentes sobre lavagem de dinheiro, pois admitiu que o recebimento de depósito em cheque de valores oriundos de crime de peculato, para o financiamento de campanha eleitoral, não configurava lavagem de ativos, isto por ausência do elemento subjetivo especial. Contudo, a decisão da Corte não foi absolutória, mas aplicou a instituto da *emendatio libelli* (CPP, art. 383) e condenou o acusado pelo delito de receptação.

Frise-se mais que, a exemplo das hipóteses de branqueamento de que trata o art. 1º, *caput*, também as referidas no art. 1º, §1º da Lei nº 9.613/98 prescindem de consumação, isto porque o alcance do objetivo de lavagem é mero exaurimento do crime e não seu elemento constitutivo. Portanto, se o indivíduo recebe dinheiro roubado por terceiro, e o mantém guardado consigo, ou depositado em sua conta corrente, com o escopo de ocultá-lo, de mantê-lo a salvo das investigações ou das autoridades públicas, apenas para tornar seguro seu proveito, e gastá-lo depois com bens para consumo pessoal, inexistirá branqueamento, mas sim o crime de favorecimento real, eis que a ausência do fim de reciclagem afasta a tipicidade de lavagem de ativos. Por outro lado, o dolo (direto ou eventual) deve estar presente logo no início da execução da conduta, de modo que o agente branqueador conheça a origem da vantagem ilícita e tenha o propósito de ocultá-la ou conferir-lhe contornos de aparente licitude. Já nas hipóteses de posse, guarda ou depósito, conquanto sejam condutas permanentes, será admissível que o dolo se verifique durante a permanência do delito. Entretanto, aquele que guarda bens de terceiro, mas desconhece sua origem ilícita, opera em erro de tipo, mas ao se tornar ciente de tal condição, se persiste guardando consigo as vantagens espúrias com intenção de ocultá-las, para posterior reinserção na economia com aparência de licitude, seguramente estará cometendo branqueamento⁷⁹⁵, e para se eximir de culpabilidade deverá desfazer da incômoda posse, seja alertando as autoridades de sua existência, seja devolvendo os recursos a seu titular.

Examinemos agora os tipos penais do art. 1º, §2º da Lei nº 9.613/98. Dispõe o aludido §2º que “incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”. Observe-se que a hipótese do inciso I

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300518676&dt_publicacao=13/12/2011. Acesso em: 28.12.2022.

⁷⁹⁵ Tal interpretação, se desacompanhada de uma observância rigorosa do elemento subjetivo, amplia em demasia a incidência da norma penal. Abel Souto critica o novo Código Espanhol, que previu a lavagem de dinheiro como posse, porque não exige o dolo apenas no momento da receptação dos bens apreendidos, sendo possível o tipo doloso quando o receptador tem ciência da origem ilícita depois da receptação (ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 19).

assinala o uso, na atividade econômica ou financeira, do produto de origem infracional, mas isso corresponde ao manejo das vantagens ilícitas em atos específicos, o que não se pode confundir com a mera posse, a qual não configura comportamento típico de branqueamento, pelo menos nas situações do §2º. Assim, o tipo somente se perfaz ante a adoção de um comportamento positivo, de uso efetivo do recurso de origem espúria⁷⁹⁶. Quanto ao ponto, Sanchez Vilardi sugere que a intenção do legislador tenha sido a de tipificar as condutas próprias da integração, da terceira etapa do ciclo de branqueamento⁷⁹⁷.

É forçoso observar que a conduta tipificada pelo multicitado art. 1º, §2º, inciso I, da Lei nº 9.613/98 muito se aproxima do crime de receptação qualificada, pelo uso no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime (CPB, art. 180, §1º)⁷⁹⁸. Há duas diferenças sutis, sendo uma relativa ao local e outra à natureza dos delitos em cotejo. No branqueamento, o uso se opera na atividade econômica ou financeira, ao passo que na receptação o manejo se verifica no exercício da atividade comercial ou industrial. Embora sejam perceptíveis certas zonas de interseção, pois comércio e indústria são ambas atividades econômicas, o uso de vantagens ilícitas na atividade financeira exclui o delito de receptação.

Quanto à natureza dos delitos, tem-se a receptação qualificada como crime próprio, eis que somente pode ser perpetrada por quem exerce habitualmente a atividade comercial ou industrial, enquanto o branqueamento, além de sua natureza comissiva e instantânea, na hipótese em exame, configura crime comum, eis que pode ser praticado por qualquer sujeito que utilize bens de origem espúria em atividade econômica ou financeira, ainda que sem qualquer habitualidade. Assim, apesar das semelhanças entre os dois tipos penais, as diferenças acima indicadas preservam a autonomia de cada um dos delitos, além do que

⁷⁹⁶ Ao contrário do Brasil, a Espanha passou a tipificar a mera posse de bens de origem ilícita, com a reforma penal de 2010 (Ley Organiza 5/2010, que alterou o Código Penal). Segundo Blanco Cordero, isto consiste em evidente retrocesso, porque desliga o ato de lavagem de dinheiro da ocultação ou do encobrimento. Segundo o autor, a expansão desmesurada do tipo penal acabará por desprestigiar a figura delitiva de lavagem, trivializando sua aplicação (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 535). O jurista sustenta que a figura típica da posse deveria desaparecer, mas caso isso não ocorra, ao menos deveria ficar impune aquele que praticou o crime antecedente, para evitar um *bis in idem* (BLANCO CORDERO, Isidoro, Ob. cit., p. 571). Aduz mais que na Alemanha, o Tribunal Supremo alemão (BGH), em decisão de 04.07.2001, apontou a necessidade de restringir a aplicação da lavagem da modalidade uso diante de condutas neutras, como a advocacia (BLANCO CORDERO, Isidoro, Ob. cit., p. 500).

⁷⁹⁷ VILARDI, Celso Sanchez. Ob. cit., p. 20.

⁷⁹⁸ “O primeiro delito cuja objetividade jurídica se aproxima do que atualmente constitui o escopo precípua da incriminação da lavagem” (MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 22). Sobre as distinções entre receptação e lavagem: WELTER, Antonio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.) Lavagem de Dinheiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 160; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. Ob. cit., p. 67.

somente o uso de bens diretamente provenientes de infrações penais faz incidir a norma penal do §2º, inciso I, do art. 1º da Lei 9.613/98.

Deste modo, aquele que maneja os recursos criminosos para aquisição de ações em nome de terceiros com a intenção de ocultar sua origem, efetivamente comete branqueamento, mas o que furta um bem móvel, o vende a um receptor, e depois emprega o numerário ilícito na compra de um imóvel, para dissimular sua origem, poderá estar incorrendo no tipo penal do *caput*, do art. 1º, mas não no art. 1º, §2º, inciso I da Lei Antibranqueamento brasileira, eis que nessa segunda situação a vantagem ilícita tem fonte criminosa indireta.

Assinala-se, finalmente, que quem comete o delito subjacente normalmente assim procede para consumir ou guardar as vantagens obtidas, razão por que tais condutas configuram pós-delito impunível, vale dizer, mero exaurimento da conduta anterior. Noutro giro, aquele que investe as vantagens espúrias em alguma atividade apenas para recuperá-las posteriormente, com certo verniz de licitude, indubitavelmente age com o propósito dissimulatório, próprio da lavagem de ativos. Aliás, nessa segunda hipótese o branqueador admite inclusive contabilizar certo prejuízo, firme na crença de que o valor resgatado a menor corresponde ao custo da assepsia do dinheiro sujo. Por identidade de raciocínio, inexistirá o delito de branqueamento quando a utilização consista no mero gasto dos recursos para consumo⁷⁹⁹.

Sob o aspecto do tipo subjetivo, a Lei nº 12.683/2012 imprimiu inovação à redação originária do art. 1º, §2º, inciso I da Lei nº 9.613/98. É que, segundo certa parcela da doutrina, o dispositivo legal supra somente admitia o dolo direto⁸⁰⁰, isto em face da expressão “que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”. Daí porque a eliminação de tal expressão evidenciou ainda mais a possibilidade de punição em caso de dolo eventual. Com efeito, a mera suspeita da origem ilícita dos bens, direitos ou valores já deve ser suficiente para inibir sua utilização na atividade econômica ou financeira, razão por que aquele que insiste na empreitada temerária estará aceitando um risco proibido, e caso descoberto responderá por branqueamento. É necessário, contudo, que as vantagens

⁷⁹⁹ Nesse sentido: GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Maria. Ob. cit., p. 5; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 1-6;

Blanco Cordero sustenta a ideia de excluir, em tais casos, a imputação de branqueamento de capitais contra aquele que cometeu o delito prévio para evitar o *bis in idem* (BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal*. Ob. cit., p. 36). Abel Souto propõe restringir a punição da posse e uso de bens ilícitos a casos de bens de valores relevantes aos comportamentos idôneos para incorporar capitais ilícitos ao tráfico econômico, e excluir a autolavagem nesses casos (ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 23).

⁸⁰⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 100; BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 185; PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 228.

indevidas sejam diretamente oriundas do crime subjacente, mas nessa hipótese é desnecessária a presença da intenção de mascaramento dos recursos espúrios.

Quanto ao ponto, Sérgio Moro destaca com propriedade que “os tipos do §2º, ao contrário daqueles do §1º, não têm qualquer redundância. Especificamente quanto ao tipo do inciso I do §2º, nota-se, de imediato, uma grande diferença em relação ao tipo do *caput* do art. 1º. Nele não se empregam os verbos ‘ocultar’ ou ‘dissimular’. Pela expressão literal, a mera utilização de produto do crime na atividade econômica ou financeira configura o crime de lavagem, desde que presente o conhecimento da procedência criminosa⁸⁰¹. De fato, o propósito do legislador foi o de isolar o agente do delito anterior, impedindo-o de transferir ou repassar o produto do crime, ameaçando com a repressão penal todos aqueles que façam qualquer proveito de tais recursos⁸⁰². Aliás, perfilando o mesmo entendimento, e através de comentários ao art. 302 do CP espanhol, Blanco Cordeiro⁸⁰³ adverte que a intenção de mascaramento é dispensável quando não prevista no texto legal, eis que nesses casos a tipicidade independe da finalidade de dissimular ou encobrir.

Bottini⁸⁰⁴ tenta em vão descredenciar a posição de Blanco Cordero, argumentando que a mesma não se adequa à realidade brasileira porque na Espanha o tipo penal de lavagem de dinheiro que pune a utilização de bens ilícitos, prevê expressamente que o agente “deve saber” de sua origem infracional, e por isso a tipicidade estaria restrita aos casos de dolo direto⁸⁰⁵. Sustenta ainda que afastar o elemento subjetivo especial do tipo penal em exame teria dois efeitos: a) o de equiparar qualquer utilização de produtos do crime à lavagem de

801 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 43.

802 Em tal hipótese a única forma de evitar que a imputação por branqueamento recaia sobre o mero consumo dos bens auferidos com o delito subjacente seria interpretar de forma restritiva a expressão “atividade econômica ou financeira”, limitando-a a investimentos. Quanto ao ponto, Moro adverte que “não é qualquer emprego de bens, direitos ou valores procedentes de crime que configura o tipo penal, mas apenas o emprego na destinação específica, atividade financeira ou econômica. Investimentos procedentes de crime em uma empresa econômica configuram o crime, mas não a mera utilização dos recursos criminosos para aquisição de bens de consumo” (MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 45).

803 Blanco Cordero lamenta tal alteração legislativa e lança críticas à expansão da norma penal, além de que assinala que ao autor da infração subjacente não deve suportar acusação por branqueamento, sob pena de punir-se a mera disposição do bem maculado, a assim violar o *ne bis in idem* (BLANCO, Isidoro. Ob. cit., p. 310). Ao comentar diversos julgados nos Estados Unidos sobre o tema, Blanco Cordero adverte: “*Para poder aplicar el delito de blanqueo de capitais (nos EUA) se debe acreditar que el sujeto ha aditado con intención de ocultar o encubrir el origen del dinero, o evitar que se proceda a la comunicación a la UIF (Unidade de Inteligência Financeira). Pues bien, existe un amplio acuerdo que queda fuera del tipo penal el mero acto de gastar dinero generado por una actividad. criminosa*” (BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 660). Del-Carpio-Delgado expõe como as distintas convenções internacionais que tratam do branqueamento empregam a expressão “*a sabiendas*” quando recomendam tipificar a mera posse (DEL-CÁRPIO-DELGADO, Juana. Ob. cit., p. 20 e ss).

804 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 158.

805 Ao enumerar as possíveis modalidades típicas de branqueamento, a Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho da UE menciona o ato de aquisição, posse ou utilização de bens maculados, mas indica que o agente deve “saber no momento da recepção dos mesmos, que procedem de uma atividade delitiva ou da participação nesse tipo de atividade” (Art. 1º, nº 3, “c”).

dinheiro, qualificando como típico o mero proveito do crime⁸⁰⁶; b) gerar a incidência de circunstância agravante (CPB, art. 61, inciso II, “b”) no momento da dosimetria da pena, eis que a intenção específica de dissimular não seria elemento do tipo penal. E em arremate, o jurista brasileiro invoca dois precedentes minoritários da jurisprudência espanhola⁸⁰⁷.

Em verdade, o dolo eventual do tipo penal em comento não é incompatível com o elemento subjetivo especial, pois aquele se refere à origem dos bens e este à sua destinação. Na verdade, a expressão “deve saber” gera efeitos absolutamente diversos da expressão “que sabe serem provenientes”. Enquanto esta última impõe provar que o agente branqueador agiu com conhecimento efetivo, a expressão “deve saber” indica um ônus, um dever de cautela, um dever de prevenção, os quais se alinham perfeitamente com o dolo eventual, e sempre que o dolo eventual está presente converte-se a intenção deliberada por uma mera assunção de risco de produzir o dano.

E quanto à conduta do art. 1º, §2º, inciso II, da Lei nº 9.613/98, nela o legislador deixou ainda mais evidente seu propósito de impor isolamento à macrocriminalidade. Com efeito, qualquer pessoa que participe de organização com conhecimento que sua atividade principal ou secundária é dirigida à lavagem de dinheiro estará incidindo neste tipo penal. Certo segmento da doutrina alega tratar-se de uma expansão do conceito de participação em fato delituoso, isto porque o mero pertencimento ao grupo, ainda que sem colaboração efetiva com o crime, já caracteriza o branqueamento. Ora, se tal expansão existe, certamente não se operou apenas através da Lei nº 9.613/98, pois a exemplo do tipo penal ora examinado, também o art. 2º da Lei nº 12.850/2013 confere tipicidade penal a todo aquele que promove, constitui, financia, ou integra, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, e para todos que estiverem nessa situação a pena deverá ser de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. E para que não se alegue que tais diplomas (Lei nº 9.613/98 e Lei nº 12.850/2013) são próprios de um direito penal de terceira velocidade, vale relembrar que a tipificação do delito de bando ou quadrilha (CPB, art. 288) remonta a 1940, e em sua redação originária assim dispunha: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: pena - reclusão, de um a três anos. parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a

806 Abel Souto assevera que a punição do uso dos bens de origem ilícita se aproxima do direito penal do inimigo, porque permitiria inclusive penalizar a mulher e filho do delinquente pelo mero gasto do dinheiro (ABEL SOUTO, Miguel. Ob. cit., p. 27).

807 Na Espanha existem alguns julgados do STS (884/2012, 265/2015) que reforçam tal entendimento. No mesmo sentido: DEL-CÁRPIO-DELGADO, Juana. Ob. cit., p. 5-30; RODRIGUEZ, Maria Gutierrez. Ob. cit., p. 2; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Ob. cit., p. 103. Em sentido contrário: MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 100.

quadrilha ou bando é armado”. De fato, o que se observa com clareza nos três tipos penais acima referidos é que são crimes de mera conduta, todos derivados do risco de dano à sociedade.

Dentre os que criticam o tipo penal contido no art. 1º, §2º, inciso II, da Lei nº 9.613/98 está Marco Antônio de Barros⁸⁰⁸, segundo o qual “é muito arriscada e perigosa esta forma de inculpação. Ela não satisfaz ao bom direito ao se contentar com a mera participação consciente, sem exigir a suficiente comprovação da prática de atos característicos do crime de lavagem”. Na mesma linha de raciocínio se posta Pierpaolo Bottini⁸⁰⁹, segundo o qual “parece excessivo imputar a lavagem de dinheiro a todos os integrantes de empresa que saibam ou tenha ciência dos atos ilícitos ali praticados, mesmo que suas funções específicas não tenham qualquer relação concreta com o crime em comento. Fausto De Sanctis aduz ainda que parece mais razoável interpretar o § 2º, II de acordo com as regras do art. 29 do Código Penal, imputando a prática da lavagem de dinheiro àqueles que ostentam a qualidade de autores ou partícipes de tais atividades, como a seguir analisado⁸¹⁰.

Com todo o respeito aos eminentes juristas acima referidos, é preciso compreender que a ciência hermenêutica não pode converter interpretação em mutação. Com efeito, o intérprete pode até discordar da *mens legis*, mas não pode ter a pretensão de negar vigência ou aplicação à lei por dela divergir. Não se pode olvidar que os limites do concurso de agentes, tal como traçados no art. 29 do CP brasileiro, remontam a 1984, ano da reforma da parte geral daquele diploma. Por outro lado, é princípio hermenêutico corrente nos casos de concurso aparente de normas que a lei mais nova revoga a lei mais antiga naquilo que com ela for incompatível. Por fim, frise-se que a política criminal de 1984 seguramente era diversa da política criminal de 1998, pois ainda não divisava os enormes desafios gerados pela criminalidade organizada⁸¹¹ e pela macrocriminalidade⁸¹².

808 BARROS, Marco Antonio de. Ob. cit., p. 187; MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 101; VILARDI, Celso Sanchez. Ob. cit., p. 16.

809 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 161.

810 DE SANCTIS, Fausto Martin. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68.

811 Entende-se por crime organizado a conduta praticada por indivíduos que se associam de forma organizada (o que remeteria ao conceito de organização criminosa) para a prática de atividades ilícitas não dá lugar a uma estrutura criminosa. Nota-se, portanto, que criminalidade organizada, organização criminosa e crime organizado são expressões interligadas (PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial. v. 3. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 553).

812 Macrocriminalidade se trata de um conceito relativamente novo, que veio para substanciar, categorizar, parte dos chamados “crimes do colarinho branco” (*White Collar Crimes*). Ou seja, os crimes decorrentes da chamada macrocriminalidade são espécies do gênero “crimes do colarinho branco”, delitos estes em regra praticados por pessoas das camadas sociais mais altas. Os delitos da chamada macrocriminalidade, então, seriam os casos em que há apropriação das coisas comuns/públicas, tratam-se, assim, de apropriação das res públicas

Embora já tenha sido pontualmente examinada a natureza do crime de branqueamento, quanto à forma de ação, reputa-se oportuno fazê-lo doravante de modo sistemático, abordando os três níveis do tipo penal estatuídos no *caput*, no §1º, e no §2º, todos do art. 1º da Lei nº 9.613/98. Segundo o magistério de Magalhães Noronha⁸¹³ “diz-se instantâneo o crime quando se exaure com o resultado a que está subordinado. A instantaneidade não significa rapidez ou brevidade física da ação, como sói acontecer com o homicídio, que pode apresentar diversas fases ou fatos, mas cuja consumação se realiza em um instante”. E conceituando o crime permanente, o mesmo jurista assinala que “é aquele cuja consumação se prolonga no tempo, dependente da atividade, ação ou omissão, do sujeito ativo, como sucede no cárcere privado. Não se confunde com o delito instantâneo de efeitos permanentes, em que a permanência do efeito não depende do prolongamento da ação do delinquente.

Com maior objetividade, Roxin preconiza que os crimes, quanto à sua consumação, são classificados em instantâneos e permanentes. Instantâneos são aqueles concluídos com a provocação de determinado estado ou resultado, como o furto, o roubo⁸¹⁴. Em complemento, Cirino dos Santos leciona que permanentes são aqueles cuja consumação se protraí no tempo, estende-se durante um período. São os crimes de gerúndio, que estão acontecendo, como a embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97), ou a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP)⁸¹⁵.

Se é correto afirmar que existem tipos penais cuja redação evidencia com clareza se são instantâneos (furto, por exemplo) ou permanentes (posse de drogas, por exemplo), nem sempre isso se verifica, e por vezes a conduta descrita no tipo objetivo rende margem a interpretações distintas. Tal fenômeno se verifica no verbo “ocultar”, utilizado no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98. É possível compreender tal conduta como crime permanente, enquanto o bem ou vantagem ilícita permanecer escondida, mas é igualmente admissível a percepção do ato de ocultação como um delito instantâneo, que opera seus efeitos no instante exato da ocultação ou dissimulação.

(coisas públicas). Os sujeitos passivos dos delitos, portanto, são indeterminados, ou melhor, são todos que não sejam os sujeitos ativos. O ponto nevrálgico da macrocriminalidade, todavia, é que estes delitos possuem sujeitos passivos indeterminados, sendo indeterminados, inclusive, na maioria das vezes, a própria abrangência do delito, sendo fato, contudo, que os agentes das classes menos favorecidas serão os principais lesados, haja vista que estes sofrem, de forma mais gravosa, os ônus dos serviços públicos deficitários (FONTENELLE NETO, José Edilson da Cunha. Macrocriminalidade e criminalidade estrutural/cultural: uma leitura da “nova” categoria de macrocriminalidade a partir de Pierre Bourdieu. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/33-Texto%20do%20Artigo-56-1-10-20210615.pdf>. Acesso em: 28.12.2022.

813 NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 107.

814 ROXIN, Claus. Ob. cit. p. 329. Segundo Reale Júnior, os crimes permanentes são aqueles nos quais a situação lesiva perdura no tempo, protraindo-se a situação antijurídica, com o aumento do prejuízo originado pelo fato (REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit., p. 270).

815 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit., p. 55.

Caso adotada a segunda interpretação, a permanência nesse estado seria apenas consequência natural da conduta original. Destarte, reputar de caráter permanente o ato de ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores de origem delitiva propicia a prisão em flagrante durante a sua prática, vale dizer, enquanto perdurar a conduta de ocultação ou de dissimulação da vantagem indevida. Por outro lado, permite a incidência imediata de lei nova sobre as ocultações ou dissimulações em curso, ainda que o novel diploma imponha penas mais graves. E para além disso, opera efeitos na prescrição da pretensão punitiva, cujo termo inicial somente ocorrerá após cessado o mascaramento.

A jurisprudência brasileira tem conferido ao ato típico de ocultação a natureza de crime permanente, e isso é perceptível nos crimes de ocultação de cadáver (CPB, art. 211), ocultação de documento (CPB, art. 305), receptação mediante ocultação (CPB, art. 180). Além disso, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência do STF tem admitido o crime de branqueamento, na modalidade de ocultação, como delito permanente⁸¹⁶. Todavia, na opinião de Bottini a questão exige uma interpretação teleológica, à luz do bem jurídico tutelado. Assim, caso admitido que o branqueamento protege o mesmo bem jurídico tutelado pelo delito subjacente, a conduta de ocultação de bens ou vantagens ilícitas, ainda que perdure por anos, não prosseguirá afetando o bem jurídico, o qual foi malferido ainda pelo delito original, e nesse caso o branqueamento terá natureza instantânea.

Pondera o jurista que caso se admita que o bem jurídico seja a ordem econômica, também aí existirá crime instantâneo, pois a ofensa ao bem jurídico somente existirá no instante da integração dos valores à economia formal com verniz de licitude. Portanto, a conduta de ocultação consistiria em mera tentativa ou mesmo ato preparatório punível, sem capacidade para violar diretamente o bem jurídico, salvo como potência de lesão futura. Assim, conclui que, qualquer que seja o tempo de ocultação, a organização econômica não estará sendo permanentemente malferida pelo branqueamento.

Noutro giro, caso admitido como bem jurídico a administração da justiça, Bottini se verga ao caráter permanente do branqueamento, eis que nessa hipótese o ato de ocultação representará um agir contínuo que mantém obstruída a investigação sobre a origem dos bens. Precisamente nestes moldes se posicionou a 1ª Turma do STF, restando vencido o Min. Marco

816 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Acórdão na Ação Penal nº 863/SP, j. 23.05.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>. Acesso em 28.12.2022. No mesmo sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. Ob. cit., p. 63; DE CARLI, Carla Veríssimo. Ob. cit., p. 198; NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 829.

Aurélio Mello⁸¹⁷. Argumentou ele que, na verdade, o delito de branqueamento de dinheiro, tal como tipificado no art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, não seria permanente, mas sim um delito instantâneo com efeitos permanentes, isto porque a manutenção do bem mascarado seria tão somente um desdobramento do ato inicial⁸¹⁸.

Entretanto, em aparente contradição o jurista reconhece serem de consumação instantânea os demais crimes contra a administração da justiça, mesmo que os efeitos obstrutivos do sistema judicial, e deles derivados perdurem no tempo. Com efeito, o próprio Bottini reconhece a pluriofensividade do delito de branqueamento ao pontuar que “o bem jurídico nuclear da norma da lavagem de dinheiro é a administração da Justiça, ainda que se constate a lesão da ordem econômica em parte dos casos”⁸¹⁹.

Ora, não parece razoável admitir que a ordem econômica seja malferida em alguns casos de lavagem de dinheiro, mas, em paralelo, negar que tal bem jurídico seja igualmente protegido pela norma incriminadora. Por outro lado, talvez buscando ajustar sua narrativa a uma tese um tanto conveniente à defesa de eventuais clientes acusados de branqueamento, o jurista estabelece uma precária analogia entre tal delito e outros situados no capítulo dos crimes contra a administração da justiça. Para tanto, argumenta que os delitos de denúncia caluniosa (CPB, art. 339 do CP)⁸²⁰, falsa comunicação de crime (CPB, art. 340), autoacusação falsa (CPB, art. 341), falso testemunho (CPB, art. 342)⁸²¹, fraude processual (CPB, art. 347)⁸²², e favorecimento real (CPB, art. 349)⁸²³, todos se consumam logo após o

817 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Rel. Min. Edson Fachin. Acórdão na Ação Penal nº 863/SP, j. 23.05.2017 (p. 2-3). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>. Acesso em 28.12.2022.

818 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 163.

819 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 89.

820 Sustentam que o crime de denúncia caluniosa é de natureza instantânea: NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1257; GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 822; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial, dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 316; HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal: Decreto 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – arts. 250 a 361. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 462; NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 4. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 476; PRADO, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 969.

821 NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 4. Ob. cit., p. p. 494. No mesmo sentido: MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*. 5. ed. Bolonha: Zanichelli, 1949. p. 278; NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 1269; GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 829; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 5. Ob. cit., p. 340. Segundo Luiz Régis Prado a denúncia caluniosa se consuma com o encerramento do depoimento, ou com a entrega do laudo pericial, do cálculo, da tradução, ou com a realização da interpretação falsa. Faz-se mister que o depoimento seja efetivamente concluído - reduzido a termo e devidamente assinado (art. 216, CPP). Até então, pode ele ser retificado ou alterado pelo depoente, o que pode impedir a consumação da falsidade" (PRADO, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. Ob. cit., p. 977).

822 Entendem que o delito de fraude processual é de caráter instantâneo: NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 1280; GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 841;

comportamento típico, ainda que seus efeitos nefastos sobre a administração da justiça perdurem por longo tempo, e mesmo que possam ser exauridos pelo próprio sujeito ativo, caso opte por admitir a fraude.

Aliás, em seu esforço hermenêutico para sedimentar a ideia de que o crime de branqueamento não é de natureza permanente, Bottini chega a aludir que os crimes são permanentes porque criam um estado de coisas antijurídico resolúvel pelo agente, e como o agente tem domínio sobre a ocultação, pode interrompê-la a qualquer momento⁸²⁴. Todavia, a resolutividade de um crime permanente não depende exclusivamente de eventual arrependimento do criminoso. Muito ao contrário, na esmagadora maioria das vezes os crimes permanentes são exauridos não em razão do arrependimento dos criminosos, mas sim por terem sido descobertos pelos órgãos de investigação criminal. Por isso mesmo, se afigura como autêntico sofisma a alegativa, eis que se a capacidade de restituição do *status quo ante* fosse o elemento definidor dos crimes permanentes⁸²⁵, delitos como o furto também teriam essa natureza, pois o autor poderia a qualquer tempo devolver os bens e fazer cessar a lesão patrimonial⁸²⁶.

Aliás, o próprio Bottini reincide na contradição argumentativa ao invocar mais adiante as coerentes reflexões de Cezar Bittencourt, segundo as quais o que define o crime permanente não é a possibilidade de cessação dos efeitos da conduta inicial por parte do autor, mas o alongamento da consumação no tempo⁸²⁷. Vale observar que ao agregar o pensamento de Reale Júnior sobre o elemento central dos crimes permanentes, que residiria não apenas na incriminação da conduta criadora da situação antijurídica, mas igualmente na conduta que a

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado Direito Penal. v. 5. Ob. cit., p. 372; NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 4. Ob. cit., p. 514-515; PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. Ob. cit., p. 992.

823 “Consuma-se o delito com a prestação do auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime, ainda que esse escopo não seja efetivamente alcançado” (PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. Ob. cit., p. 998). Sustentam que o crime de favorecimento real tem natureza instantânea: BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 5. Ob. cit., p. 389; NORONHA, Edgar Magalhães. Direito Penal. v. 4. Ob. cit., p. 524, NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ob. cit., p. 1285, GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. Ob. cit., p. 845.

824 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 164.

825 GARCIA, Basileu. Ob. cit., p. 324.

826 O furto tem como elemento central a ruptura da posse e não a manutenção da coisa alheia (GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico. Ob. cit., p. 443). No mesmo sentido: BARTOLI, Roberto. *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 4. n. 1. Milano, jan./mar. 2001, p. 145.

827 Bittencourt sustenta a “continuidade da ação do agente” como elemento diferenciador do crime permanente do crime instantâneo de efeitos permanentes (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. Ob. cit., p. 255).

mantém⁸²⁸, Bottini usa uma premissa verdadeira, mas incompleta, para tentar justificar sua tese de que o branqueamento por meio de ocultação seria de natureza instantânea.

Com efeito, é certo que tanto no crime de extorsão mediante sequestro (CPB, art. 159), quanto no delito de redução à condição análoga à de escravo (CPB, art. 149) existe uma continuidade da situação antijurídica que não decorre apenas da manutenção do *status quo*, mas da contínua afetação do bem jurídico por atos reiterados do agente delitivo. Tal situação antijurídica poderá deixar de existir se o sequestrador resolver liberar sua vítima, mas também deixará de existir se o cativo for desbaratado, inclusive com a prisão em flagrante dos criminosos. No caso do branqueamento por ocultação, o esforço do agente é igualmente contínuo, tanto assim que há um esforço deliberado em realizar sucessivas operações entre contas distintas, pertencentes a titulares distintos, mesclando valores lícitos e cifras ilícitas, tudo de molde a tornar extremamente difícil a descoberta da trilha do dinheiro sujo.

No crime de branqueamento por ocultação ou dissimulação, quando o agente recebe a vantagem de origem ilícita e procura travesti-la de recurso lícito, tem-se um ato de consumação, contudo, no dia seguinte a consumação se renova na medida em que o numerário ilícito foi mantido em depósito, e se no dia seguinte o recurso espúrio for movimentado para outra conta, mesmo que mesclado a uma fração de recursos legítimos, ter-se-á uma nova consumação. Destarte, tal qual as múltiplas camadas de uma cebola, o crime de branqueamento ostenta múltiplas camadas de mascaramento, e a cada uma destas operações tem-se uma nova consumação.

Aliás, sustentar que o branqueamento por ocultação configura crime instantâneo talvez não seja muito proveitoso ao réu, pois se assim for, a cada nova operação dissimulatória ocorrerá um novo crime, e ainda que não se aplique o concurso material, na mais branda das hipóteses o réu teria que suportar agravamento de sua pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), por força da continuidade delitiva (CPB, art. 71). Portanto, embora seja absolutamente firme a lição de Roxin, no sentido de que em alguns crimes instantâneos o autor segue se aproveitando do estado criado por seu feito, e que isso não pressupõe sua continuidade ou permanência⁸²⁹, é igualmente correto que a premissa manejada por Bottini é inaplicável ao *modus operandi* do crime de branqueamento por ocultação.

Passando ao segundo grupo de condutas branqueadoras estatuídas pela Lei nº 9.613/98 (art. 1º, §1º), é certo que o legislador assinalou condutas específicas, cujos contornos

828 “Por isso o sequestro de uma pessoa é crime permanente e o furto de um cão não o é” (REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit., p. 270).

829 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 331.

impactam diretamente em sua classificação quanto à consumação. Palmilhando cada um dos incisos temos que na conversão em ativos lícitos (inciso I) se verifica a transformação dos bens diretamente procedentes das infrações penais em outros, passíveis de integrar o patrimônio do agente⁸³⁰, e nessa modalidade o crime realmente é instantâneo, eis que a operação que converte, não se protraí no tempo, e por consequência tem-se uma modalidade de lavagem instantânea de efeitos permanentes⁸³¹.

Já o inciso II é composto de 10 (dez) verbos, dentre os quais apenas 07 (sete) são condutas instantâneas, a saber: a) adquirir, b) receber, c) trocar, d) negociar, e) dar, f) movimentar, g) transferir. Entretanto, as ações de receber em garantia, guardar, e ter em depósito são de natureza perene. Com efeito, aquele que recebe em garantia poderá ser demandado a qualquer tempo a restituir a garantia, bastando que seja liquidada a obrigação à qual se encontra vinculada a garantia. Na mesma esteira, aquele que tem em depósito pode ser demandado a devolver a cifra por iniciativa do titular (seja o numerário legítimo ou espúrio). Por outro lado, aquele que guarda assim procede em nome de terceiro, pois quem guarda não é dono. Se está a guardar algo o faz a pedido do titular, razão por que, enquanto perdurar a guarda de vantagem ilícita alheia, existirá um crime de branqueamento de natureza permanente.

Nesse pormenor, há convergência do pensamento de Bottini, o qual admite que aquele que guarda, ou tem em depósito o produto proveniente de infração penal, comete delito permanente, pois enquanto os valores estiverem guardados ou depositados, o crime é consumado. E sendo permanentes tais modalidades do branqueamento, a consumação se alongará no tempo, até a cessação da conduta, que ocorrerá no momento em que a guarda ou depósito deixar de existir, seja com a efetiva reinserção dos bens na economia com aparência de licitude, seja com a interrupção da guarda pelo consumo, transferência, conversão ou inserção dos bens na economia, seja pela descoberta da existência dos recursos pelas autoridades públicas⁸³². Finalmente, as condutas de importar e exportar bens com valores superfaturados ou subfaturados (inciso III) são obviamente de natureza instantânea, pois ambas as operações são pontuais, por mais complexas que se mostrem.

830 DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: (org.) Lavagem de dinheiro. Prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 200.

831 “Consumação: Com a efetiva prática das condutas equiparadas, fazendo o produto do crime antecedente circular, com maior sofisticação, na economia formal” (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Leis penais especiais comentadas. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 700).

832 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 168.

E chegando ao terceiro grupo de condutas branqueadoras estatuídas pela Lei nº 9.613/98 (art. 1º, §2º), é possível detectar condutas substancialmente distintas. Caso o agente utilize, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes da infração penal, seguramente estará implementando uma ação pontual, específica e instantânea. Para exemplificar tal comportamento temos o ato de investir o recurso ilícito em certo negócio, ou mesmo numa aplicação financeira, sempre com o escopo de ocultar a origem do numerário. Tais atos de investimento podem ser reiterados, mas, ainda assim, cada um deles vai se consumir logo após a finalização da operação. Destarte, se no dia seguinte houver outro investimento feito com o mesmo recurso ilícito existirá nova operação de branqueamento, igualmente consumada instantaneamente, o que pode ocasionar o instituto da continuidade delitiva (CPB, art. 71).

Contudo, e em sentido diametralmente oposto, a conduta de participar voluntariamente de um grupo, associação ou escritório, sabendo que sua atividade é dirigida à prática de branqueamento (inciso II) configura delito permanente, pelo menos enquanto o agente decidir permanecer integrando a organização criminosa. Ora, se o indivíduo sabe que a entidade coletiva por ele integrada é uma quadrilha, e se comporta como quadrilha, sua permanência no grupo demonstra sua adesão aos propósitos criminosos do grupo. Ainda que o agente permaneça em estado de prontidão, sem ser convocado a executar especificamente qualquer operação de branqueamento, estará continuamente se pondo à disposição a fazê-lo. Tal qual um militar que está de prontidão, e pode ser convocado a qualquer momento para compor uma guarnição que entrará em combate com uma fração de tropa inimiga, o agente que deliberadamente decide permanecer integrado a um grupo criminoso poderá, a qualquer momento, ser chamado a realizar uma operação de branqueamento, e por isso mesmo seu delito, além de ser permanente, ostenta a natureza de crime de mera conduta.

Por último, é necessário examinar a questão das doações eleitorais em troca de um possível favorecimento futuro por parte do candidato eleito. O tema deve ser examinado sobre duas óticas: a) a de quem recebe a doação, b) a de quem realiza a doação. Se o candidato promete favorecer determinada empreiteira, caso seja eleito a um cargo do Poder Executivo, e se a oferta é aceita, para ele pouco importa se a doação eleitoral foi feita com recursos limpos ou espúrios, porque estará cometendo o delito de corrupção passiva, pois o art. 317 do CPB assinala que a vantagem ilícita pode ser solicitada antes mesmo de ser assumida a função pública. Já o sujeito que realiza a doação, poderá estar cometendo um ou dois crimes. Se a doação for realizada com recursos de origem lícita existirá apenas um crime de corrupção ativa (CPB, art. 333), mas se o doador estiver utilizando recursos de origem criminosa, e estes

forem contabilizados na prestação de contas do candidato, isto poderá caracterizar crime de branqueamento. Com efeito, se o responsável pela contabilidade do candidato donatário devolver o numerário doado, mesmo que parcialmente, e sem qualquer contabilização, existirá lavagem de ativos. Se o responsável pela contabilidade do candidato falsear algum pagamento com aquela doação de origem espúria (serviços gráficos, por exemplo), apenas para que o dinheiro seja movimentado e volte à disponibilidade do doador/corruptor, ainda que por meio de interposta pessoa, haverá igualmente branqueamento de capitais.

Em todo caso, para existir lavagem de ativos é indispensável que o ato seja encoberto, que seja dissimulado, que almeje configurar uma situação fática e jurídica distinta da situação fática essencial. Portanto, se a intenção do candidato era receber recursos para a campanha, para depois recompensar o doador com atos de prevaricação ou alguma sorte de crime licitatório, inexistirá mascaramento, especialmente porque a vantagem ilícita será efetivamente usufruída pelo político corrupto. De igual forma, se a doação for transferida diretamente à conta vinculada ao candidato, não haverá mascaramento, apenas exaurimento do ato de corrupção passiva.

Para além disso, se a malsinada doação eleitoral foi realizada sem a necessária contabilização, existirá o chamado “caixa 2 de campanha”, que ensejará, quando muito, a incidência do crime previsto no art. 35 do Código Eleitoral. Em todo caso, embora a lei eleitoral brasileira assinale que o candidato é sempre o responsável pela contabilidade da própria campanha, se não houver evidências probatórias de que ele tinha conhecimento da origem ilícita dos recursos doados, não lhe poderá ser imputado o crime de branqueamento. Portanto, se o candidato solicitou o depósito da vantagem indevida em sua conta de campanha, com aparência de doação legítima, mas ajustou com fornecedores a emissão de notas fiscais fraudulentas, para que os recursos fossem posteriormente desviados e usados em proveito próprio, haverá crime de branqueamento de capitais, em concurso material com o delito de corrupção, eis que em tal hipótese o destinatário final era o próprio candidato, e a doação para a conta de campanha consistiu em mero ato simulado para conferir caráter legítimo aos recursos de origem espúria.

2.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) Considerando que os integrantes de setores financeiros e não-financeiros sensíveis (tais como advogados e contadores) são legalmente obrigados a colaborar na prevenção do crime de branqueamento de capitais, todo aquele que deliberadamente se escusa de adotar tais deveres de cuidados em suas práticas profissionais, e com isso favorece ações de branqueamento, pratica uma conduta socialmente relevante e danosa ao bem jurídico tutelado, sendo especialmente prejudicial a omissão dos advogados, os quais têm dever deontológico de zelar pela dignidade da Justiça e impedir que seu ofício profissional seja instrumentalizado a serviço do crime;

02) Por força dos conhecimentos especiais que detém, certos profissionais liberais (tais como advogados e contadores) são procurados para estruturar operações de branqueamento, e em tais consultas recolhem elementos indiciários que lhes permite o conhecimento emocional, eidético ou volitivo sobre a verdadeira natureza da operação, de modo que mesmo optando por não fazer perguntas sobre a origem do dinheiro, e cujas respostas lhes conduziria a um estado de conhecimento pleno e seguro sobre o caráter delitivo da empreitada, representam o risco de que suas habilidades profissionais estejam sendo postas a serviço do crime, e por consequência, sua conduta de deliberado afastamento do conhecimento poderá caracterizar branqueamento comissivo por omissão.

03) Aquele que avalia mal as circunstâncias fáticas, e com isso produz um resultado lesivo a partir de um erro vencível, não ostenta o mesmo grau de culpabilidade daquele que voluntária e conscientemente perpetra o crime com conhecimento e vontade, todavia, uma das maiores dificuldades no âmbito da teoria do delito é estabelecer com precisão a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, pois em ambos há previsão do resultado proibido, mas empiricamente é impossível apurar se o agente efetivamente repeliu por completo o resultado lesivo, e por tal motivo os esforços doutrinários para estabelecer a diferença entre ambos os institutos, a partir da finalidade, estão condenados ao fracasso, sobretudo pela impossibilidade científica de inferir com certeza se o agente atuava com conhecimento seguro, ou apenas com um nível de conhecimento baseado em probabilidade de um resultado danoso, ou da criação de um risco proibido.

04) O erro de valoração nem sempre indicará um erro de tipo, ou erro sobre a proibição legal (CP português, art. 16, nº 1), ou ainda um erro sobre a ilicitude, desde que este não seja censurável (CP português, art. 17, nº 1), devendo ser examinados atentamente os motivos determinantes do injusto e a antijuridicidade da ação, para que se possa inferir com segurança se o estímulo financeiro robusto foi determinante para justificar o erro, ou pretense erro do agente, pois não raro a cobiça nubla os sentidos e estimula o profissional liberal (tal como

advogados e contadores) a adotar um estado de ignorância deliberada, como estratégia para ser recompensado pecuniariamente por sua facilitação ao branqueamento, e manter-se impune.

05) Mesmo que o agente desconheça os limites exatos do tipo penal, sua consciência o alerta sobre comportamentos potencialmente escusos, razão por que aquele que atua efetivamente destituído de consciência de ilicitude, age às claras, sem procurar esconder as evidências de seu comportamento, não dissimula suas ações, não fraciona depósitos bancários que poderiam (e deveriam) ser realizados numa única operação, não realiza transferências aleatórias para contas diversas, sem que exista uma justificativa contratual para isso, não mescla recursos limpos com recursos espúrios, e não se distancia voluntariamente do conhecimento seguro sobre circunstâncias suspeitas, cuja natureza lhe era acessível, especialmente por força dos conhecimentos especiais próprios de seu ofício profissional.

06) Se é correto admitir que o agente a quem se imputa o crime de branqueamento deve ter noção da reprovabilidade de sua conduta, ao realizar quaisquer das fases do delito, é igualmente certo que não podem ser admitidas simplórias negativas de consciência de ilicitude, tampouco justificativas primárias para a assunção voluntária de comportamentos de risco, mesmo porque a remuneração que é paga ao agente branqueador se destina precisamente a recompensá-lo pelo risco de ser descoberto em sua conduta criminosa, pelo risco de ser alvo de uma investigação criminal, pelo risco de responder a um processo criminal, pelo risco de ser condenado, pelo risco de suportar uma pena de privação de liberdade, e se recompensa for pequena, somente os tolos aceitarão tomar parte na estruturação da operação suspeita.

07) O mais fiel dos critérios para clarificar se o agente representava ou não o risco de cometer branqueamento de capitais, se o agente se afastou deliberadamente do conhecimento que lhe estava acessível, se o agente agiu com cegueira deliberada, é confrontar seu *modus operandi* no caso suspeito com o *modus operandi* que adotou em casos similares pretéritos, e caso tenha havido mudança do comportamento padrão, especialmente do detentor de conhecimentos especiais (tais como advogados e contadores), será forçoso existir uma explicação muito convincente para tanto.

Capítulo III

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

3.1 A doutrina da *willful blindness* e suas origens

A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções de avestruz (*ostrich instructions*), ou doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual, e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por branqueamento de capitais, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento.

A teoria teve origem nos Estados Unidos da América, mas ao longo dos anos passou a ser adotada em diversos Estados, tais como Espanha, Alemanha e Brasil, sendo oportuno referir que certa parcela da doutrina sustenta que a *willful blindness* emergiu como forma de suprir falhas dos órgãos estatais de persecução criminal no recolhimento de provas suficientes da autoria dolosa de um crime.

Sua concepção é no sentido de que o agente, em busca de obter algum benefício, pratica uma conduta penalmente típica, mas deliberadamente opta por ignorar determinadas circunstâncias suspeitas, e assim o faz com o propósito deliberado de afastar a caracterização do dolo. O agente tem consciência, ou, pelo menos, acentuada suspeita de estar diante de um negócio ilícito, todavia, em vez de se negar a tomar parte no evento, decide dele participar para auferir lucro.

Daí decorre a analogia com a avestruz, que enterra a cabeça no solo para não enxergar o que acontece à sua volta. É certo, contudo, que se levantam críticas contra tal teoria, sob o argumento de que ela não passa de um instrumento punitivista inerente a uma sociedade de risco, a qual tem justificado uma indesejável expansão do direito penal no mundo contemporâneo, com certa flexibilização de regras garantidoras de liberdade dos indivíduos.

3.1.1 Precedentes históricos na Inglaterra

As primeiras evidências da teoria da cegueira deliberada se verificaram na Inglaterra, em 1861, por ocasião do julgamento do caso *Regina vs. Sleep*. A defesa buscava absolver o arguido de uma acusação de malversação de bens públicos, eis que ele teria embarcado *containers* contendo parafusos de cobre, que tinham uma marca em forma de flecha, o que denotava serem de propriedade do Estado britânico. Julgado pelo júri, o arguido foi declarado culpado, entretanto, a defesa recorreu argumentando que o ferrageiro ignorava a propriedade estatal dos bens. Finalmente, o réu findou sendo absolvido pelo magistrado togado, o qual considerou errada a deliberação dos jurados porque *Sleep* desconhecia a origem da carga, e também não se abstivera intencionalmente de sabê-lo, eis que os parafusos já estavam dentro dos *containers* quando passaram à posse dele⁸³³. *Mutatis mutandi*, caso as provas demonstrassem que o réu se esquivara deliberadamente de saber o conteúdo dos *containers* seria merecedor de uma punição igual àquela cabível em caso de efetivo conhecimento.

Em 1875, também na Inglaterra, deu-se o julgamento do caso *Bosley vs. Davies*, ocasião em que o réu, proprietário de uma pensão, foi condenado por consentir a prática de jogos ilegais em suas instalações. Destaque-se que, inobstante a alegativa de que desconhecia a ocorrência da prática ilegal em seu estabelecimento, a sentença condenatória consignou que o conhecimento real não era obrigatório, eis que o conjunto de circunstâncias demonstravam que o acusado e seus funcionários foram coniventes ante aquela prática ilícita⁸³⁴. Daí surgiu a *willful blindness*, a qual serviu como precedente para muitas outras condenações criminais em que os réus tivessem motivos razoáveis para suspeitar do ilícito. Além disso, no fim do século XIX, a teoria da cegueira deliberada foi estabelecida como uma alternativa ao elemento cognitivo no direito penal inglês⁸³⁵.

3.1.2 Precedentes históricos nos EUA

Do outro lado do Atlântico, em 1889, a Suprema Corte norte-americana aplicou as chamadas *ostrich instructions*, no caso *Spurr vs. United States*. O arguido era presidente do *Commercial National Bank of Nashville* e havia certificado diversos cheques de um cliente,

⁸³³ ROBBINS, Ira. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. v. 81 J. Crim. L. & Criminology n. 191, 1990. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol81/iss2/1/>. Acesso em: 16.01.2023.

⁸³⁴ ROBBINS, Ira. Ob. cit., p. 197.

⁸³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007, p. 66-67.

emitidos sem provisão de fundos. Considerando que se tratava de uma conduta intencionalmente voltada à violação dos regulamentos aplicáveis à emissão de cheques, entendeu aquela Suprema Corte que a conduta do acusado, além de ilícita, tinha o desiderato de violar a lei, seja porque decidiu ignorar a existência ou inexistência de saldo suficiente na conta-corrente do emitente dos cheques, seja porque se mostrou indiferente ao dever de verificação do saldo do cliente⁸³⁶. Tal decisão serviu de precedente ao julgamento de diversos outros casos semelhantes, robustecendo a ideia de que a ignorância deliberada seria equivalente ao efetivo conhecimento da ilicitude da conduta, independentemente da constatação da existência de um dever de conhecimento ou informação por parte do agente⁸³⁷.

3.1.3 Advento do *Model Penal Code* e seus impactos na jurisprudência norte-americana

Para além disso, em meados do Século XX a teoria da cegueira deliberada passou a ser frequentemente adotada por tribunais inferiores, sobretudo nos delitos de insolvência, e a contar de 1962 intensificaram-se as discussões sobre ela, especialmente por força do *Model Penal Code*⁸³⁸, proposto pelo *American Law Institute*. Ademais, nos anos setenta passou a ser aplicada também nos processos por tráfico de estupefacientes, tais como em *United States vs. Jewell*⁸³⁹. Foi ainda adotada em casos de criminalidade ambiental⁸⁴⁰, corporativa, em cibercrimes e em casos de branqueamento de capitais⁸⁴¹.

⁸³⁶ ROBBINS, Ira P. Ob. cit., p. 196.

⁸³⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 67-68.

⁸³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *MODEL PENAL CODE – 2.02 General Requirements of Culpability. (7) Requirement of knowledge satisfied by knowledge of high probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.* Disponível em: [www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model Penal Code Section 2.02.htm](http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/CriminalHtml/bottomScreens/Briefs/Model%20Penal%20Code%20Section%202.02.htm). Acesso em: 16.01.2023.

⁸³⁹ Jewell foi condenado em 1976 por cruzar a fronteira entre o México e os Estados Unidos transportando maconha no porta-malas de seu automóvel, e embora tenha afirmado desconhecer o conteúdo do que levava no carro, suportou condenação sob o fundamento de que “a ignorância deliberada e o convencimento positivo têm um mesmo grau de culpabilidade” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 73).

⁸⁴⁰ O caso referenciado a propósito da criminalidade ecológica é *United States vs. MacDonald & Watson Waste Oil Co.*, solucionado pelo Tribunal de Apelação em 1991 (933 F. 2d 35 [1st Cir. 1991]).

⁸⁴¹ Ellen Campbell, corretora de imóveis, vendeu a Lawing, suposto traficante de drogas, um imóvel avaliado em aproximadamente U\$200.000,00 (duzentos mil dólares americanos), dos quais, U\$60.000,00 (sessenta mil dólares americanos) foram pagos “por fora” e em espécie, entregues em pequenos pacotes de compras. Por isso, a acusada veio a ser condenada por ter fechado os olhos deliberadamente a fim de concluir a venda e coletar sua comissão, não importando a fonte do numerário. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States vs. Campbell*. 05 jun. 1982. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-campbell-41>. Acesso em: 16.01.2023.

3.2 Abordagem contemporânea da *willful blindness* nos sistemas do *common law*

Em 10.01.2000, a Segunda Sala da Suprema Corte espanhola adotou pela primeira vez a teoria da cegueira deliberada no julgamento de um recurso contra a condenação de um arguido pelos crimes de receptação e tráfico de estupefacientes. O réu tinha sido condenado por haver transportado significativa soma em dinheiro a um paraíso fiscal, mas sua defesa alegava que ele desconhecia que o numerário era proveniente do tráfico de drogas. A tese da defesa foi rechaçada porque a Suprema Corte entendeu serem óbvias não apenas a procedência ilícita do dinheiro, como ainda o caráter clandestino da operação. Ademais, considerou que o réu deliberadamente ignorou a origem espúria do dinheiro para obter lucro, pois cobrou 4% (quatro por cento), a título de comissão por seu serviço de transportador⁸⁴². A *willful blindness* voltou a ser aplicada em diversos outros julgamentos, tanto em crimes dolosos, quanto em crimes culposos. Contudo, os entendimentos demonstraram pouca uniformidade, posto que, não raras vezes, o tribunal alterava os requisitos exigidos para sua configuração⁸⁴³. Aliás, como adverte Ragués i Vallès, a cegueira deliberada ora foi admitida como elemento volitivo do dolo, ora como elemento cognitivo do tipo, e até mesmo como substitutivo do elemento subjetivo do tipo⁸⁴⁴.

Em 31.05.2011 a Suprema Corte norte-americana confirmou a adoção da *ostrich instructions doctrine*, por ocasião do julgamento de recurso interposto pela *Global-Tech Appliances, Inc. et al. vs. SEB S.A*⁸⁴⁵. A disputa versava sobre a alegativa de violação de direito de patente⁸⁴⁶. A Corte entendeu que a doutrina da cegueira deliberada estava bem assentada no âmbito da *criminal law*, e que não havia qualquer objeção em utilizá-la também em questões cíveis, especialmente nas situações em que as normas exigissem determinado

842 ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Segunda. Sentença n.º 1637/1999. Processo ROJ: STS 16/2000. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso em: 16.01.2023.

843 ESPANHA. Tribunal Supremo. ROJ: STS 7.363/2000, sentença n.º 1.583 de 16/10/2000; ROJ: ATS 9.878/2007, sentença n.º 1.329 de 12/07/2007; ROJ: ATS 11.858/2007, sentença n.º 1.459 de 20/09/2007, dentre outras. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso em: 16.01.2023.

844 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 58.

845 O caso na Suprema Corte enfocou a alegação do SEB de que a Global-Tech e uma de suas subsidiárias induziram os distribuidores norte-americanos do produto de cozinha da subsidiária a infringir a patente do SEB. O Tribunal considerou que a lei de patentes exige que o réu “saiba” que a conduta do terceiro constitui infração de patente, mas que o demandante não precisa provar que o réu tinha conhecimento efetivo da infração. Portanto, era suficiente que a subsidiária “intencionalmente se cegasse sobre a natureza infratora das vendas que encorajou um distribuidor a fazer”.

846 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Case 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2d 1167 (2011). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>>. Acesso em: 16.01.2023.

conhecimento para sua infração⁸⁴⁷. A decisão, contudo, não foi unânime e foi reputada por Brian Walsh⁸⁴⁸ como um atalho para condenação de inocentes. Argumentou ele que a decisão teria grande impacto não somente nos futuros processos de patentes, nos quais não se buscasse mera indenização, ou mesmo uma tutela liminar para impedir a reiteração da conduta violadora, mas sim em futuros processos criminais, onde havia o severo risco de não se exigir prova de conhecimento real da ilicitude da conduta, e que poderia gerar condenação criminal, privação de liberdade pessoal do condenado, além do grande estigma moral e social que rotula o criminoso.

O acórdão também foi objeto de críticas pelo *Justice Anthony Kennedy*⁸⁴⁹, prolator do voto dissidente, o qual ponderou que a cegueira voluntária não é conhecimento, e que os juízes não deveriam ampliar uma proibição legislativa por analogia. Demais disso, invocando o caso *United States vs. Mancuso*⁸⁵⁰, o magistrado enfatizou que se tratava da primeira vez que a Suprema Corte aprovava o uso da doutrina da cegueira voluntária para satisfazer um estatuto que exigia prova do conhecimento do réu e, consoante já observado por uma Corte Federal de apelações, os tribunais frequentemente são cautelosos em aplicá-la porque reconhecem o perigo de permitir que o júri decida com base em uma teoria *ex post facto*, ou do contrário deveriam condenar por simples negligência.

Igualmente crítica da *willful blindness*, Julie O'Sullivan⁸⁵¹ assevera que assassinato, pilhagem, roubo e peculato são crimes de conhecimento da sociedade em geral, mas o mesmo não se pode afirmar da maioria dos milhares de crimes contidos nos livros e, por isso mesmo, a consciência da ilicitude da conduta por parte de alguém é tema central e severamente contestado. Aduz ainda que os procuradores frequentemente procuram aliviar seu ônus de provar o conhecimento do arguido a partir do que eles acham que a pessoa acusada deveria ter sabido sobre o fato criminoso e suas circunstâncias. E finaliza, sustentando a ideia de que não

847 Examinando o alcance da teoria da cegueira deliberada, a Suprema Corte entendeu ser necessário que o acusado atue com consciência de seus atos, e isso restringe notadamente seu âmbito de aplicação, e ainda que o Tribunal sustente expressamente o contrário, acaba por confundir esta teoria com a *recklessness* (instituto semelhante ao dolo eventual), que ocorre quando o agente despreza o conhecimento de um risco substancial e injustificado de que ocorra determinado elemento material da figura típica, ou de que este acabe resultando de sua conduta (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 16; ROBBINS, Ira P. Ob. cit., p. 195).

848 WALSH, Brian. *The Supreme Court's Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions*. June 30, 2011. Disponível em: <http://thf.media.s3.amazonaws.com/2011/pdf/wm3304.pdf>. Acesso em: 16.01.2023.

849 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Global-Tech Appliances v. SEB SA*, 131 S. Ct. 2060, 2072 (2011) (Kennedy, J., dissidente). Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24121689>. Acesso em: 16.01.2023.

850 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do 4º Circuito. *US. v. Mancuso*, 42 F.3d 836, 846 (4th Cir. 1994). Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/42/836/>. Acesso em 16.01.2023.

851 O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White Collar Crime Cases and Materials: American Casebook Series*. 6. ed. Saint Paul, Minnesota: West Academic Publishing, 2016. p. 103-104.

se pode impor ao acusado o ônus de provar que desconhecia o tipo penal, pois, do contrário, americanos honestos e trabalhadores que não tinham ideia de que estavam violando uma das dezenas de milhares de proibições criminais federais podem acabar cumprindo anos na prisão.

No Brasil, a teoria da *willful blindness* tem sido aplicada desde o início do século XXI, merecendo destaque inicial dois casos emblemáticos. O primeiro foi o furto milionário ocorrido em 2005, contra a agência do Banco Central⁸⁵², em Fortaleza. Após o crime, alguns membros da quadrilha foram a uma concessionária de veículos, onde compraram 11 (onze) automóveis, os quais foram pagos em espécie. O juiz relator em primeira instância sentenciou o caso em 28.06.2007⁸⁵³ e aplicou a teoria da cegueira deliberada sob o entendimento de que, pelas circunstâncias do caso concreto (quase um milhão de reais pagos em espécie, na compra dos veículos), os responsáveis pela concessionária teriam deliberadamente ignorado esse fato bastante incomum para desconhecerem propositalmente a origem do dinheiro. Em função disso, os donos da concessionária foram condenados com base no art. 1º, § 2º, inciso I da Lei nº 9.613/98. Contudo, recorreram ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, onde conseguiram reverter a condenação, isto porque o tribunal de segunda instância entendeu que seria necessária a configuração de dolo direto na conduta⁸⁵⁴. É certo que o Ministério Público Federal ainda interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, contra o acórdão da segunda instância, contudo, o relator denegou monocraticamente a irresignação recursal, e relativamente aos empresários condenados por branqueamento de capitais em primeira instância, mas absolvidos em segundo grau, entendeu o ministro responsável⁸⁵⁵ que seria imprescindível a caracterização do dolo direto.

852 O furto praticado contra o Banco Central do Brasil, em Fortaleza, ocasionou a subtração de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), por uma quadrilha composta por mais de 30 (trinta) membros. Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/public/sandbox/testes/template-assalto/capitulo-2.php>. Acesso em: 16.01.2023.

853 BRASIL. Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará. Sentença do Processo nº 2005.81.00.014586-0. Classe: 21 Ação Penal Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Antônio Jussivan Alves dos Santos e outros. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 16.01.2023.

854 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 2005.81.00.019744-5, Rel. Des. Federal Francisco Barros Dias, julgado em 15.06.2010, DJE de 22.06.2010. p. 155.

855 Os delitos previstos na Lei nº 9.613/98 só podem ser punidos se praticados com dolo, ainda que genérico. Somente é possível o enquadramento “nos crimes previstos nessa lei quando houver a consciência da ilicitude da conduta. Dessa forma, é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro em movimentação, não precisando que esse agente tenha absoluta certeza sobre o fato, mas apenas a consciência do ilícito. Será de suma importância que se verifique no caso concreto quais os processos que o agente utilizou para lavar o dinheiro oriundo de fontes ilícitas para que se verifique assim se o dolo (elemento subjetivo) está presente” (Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro, Série Pesquisas CEJ, 9, Conselho da Justiça Federal, p. 39).

O segundo caso de grande repercussão em âmbito nacional foi o da Ação Penal nº 470, o qual foi bastante aludido no segundo capítulo desta tese. Naquele caso, o então decano do STF, Ministro Celso de Mello, admitiu a possibilidade do dolo eventual em crimes de branqueamento de capitais com suporte na teoria da cegueira deliberada. Considerou que, por esse critério, “em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem prometida”, poder-se-ia enquadrar as condutas de alguns réus, na Lei de Lavagem de Capitais”⁸⁵⁶. E ainda no âmbito do Estado brasileiro, provavelmente por influência do precedente emanado do STF, a teoria da cegueira deliberada obteve acolhimento em outros três casos recentes, todos no âmbito da justiça federal brasileira. O primeiro deles foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Criminal n.º 5008479-45.2010.4.04.7000857 em que a condenação em primeira instância foi mantida em virtude da realização de transações pelo corréu através de operações “dólar-cabo”⁸⁵⁸. O segundo caso emana do juízo da 13ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Paraná, e originou sentença penal condenatória nos autos da Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000, em que o assessor do ex-deputado Pedro Correa foi condenado pelo crime de branqueamento de capitais (art. 1º, *caput*, V da Lei nº 9.613/98) em razão de ter fornecido sua conta bancária para recebimento de depósitos vultosos, isto porque, ainda que desconhecesse os detalhes que envolviam o esquema criminoso na empresa Petrobras, possuía elementos suficientes para alertá-lo da origem criminosa dos recursos recebidos⁸⁵⁹.

856 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 677. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>. Acesso em 16.01.2023.

857 O acórdão reconheceu a incidência da teoria da cegueira deliberada para justificar o dolo na utilização da empresa do corréu para a realização de operações de câmbio sob o argumento de existia a possibilidade de que os valores envolvidos na operação dólar-cabo pudessem ter origem ilícita. Em sua fundamentação, o relator invocou a doutrina da cegueira deliberada no âmbito do direito anglo-saxão e argumentou sobre sua adequação ao caso concreto porque o réu teria agido com conhecimento positivo do fato, mas se portou com indiferença quanto ao resultado da conduta. Argumentou ainda o relator do caso em prol da aplicação da cegueira deliberada em crimes de branqueamento de capitais ao aduzir sobre a possibilidade de sua utilização sempre que o agente tenha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos sejam provenientes de crime, e ainda assim se porte de forma indiferente a esse conhecimento, optando por permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

858 O tribunal não apenas invocou o precedente do Supremo Tribunal espanhol, como ainda destacou que o elemento subjetivo no caso decorria do fato do corréu ter agido com dolo eventual ao realizar transações que possuem como pressuposto a ocultação, não só do proprietário, mas também, a dissimulação da origem de ativos envolvidos. Asseverou que o agente tinha ciência da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos fossem provenientes de crime, mas se mostrou indiferente a isso, ou mesmo optou por permanecer ignorante a respeito de todos os fatos quando era possível a alternativa.

859 As razões jurídicas invocadas pelo juiz da causa muito se assemelham aos fundamentos utilizados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Criminal n.º 5008479-45.2010.4.04.7000, já referido acima. O magistrado aludiu às construções do direito anglo-saxão, relativamente ao branqueamento de capitais, mas consignou que cegueira deliberada é equiparável ao dolo eventual, segundo a tradição do Direito Continental europeu, e para tanto invocou a mesma Sentença nº 22/2005 do Supremo Tribunal espanhol.

Quanto ao terceiro caso, é originário do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e nele foi prolatada sentença penal condenatória, no bojo da Ação Penal nº 0504466-15.2017.4.02.5101 contra Susana Neves Cabral, ex-esposa de Sérgio Cabral, outrora governador do Rio de Janeiro. Neste caso entendeu o juízo de primeiro grau que, ainda que não tenha participado do crime antecedente, a ré cometeu o crime de branqueamento de capitais (art. 1º, §4º da Lei nº 9.613/98) por haver recebido vantagem indevida, através de contrato de consultoria por ela firmado com empresa fantasma de propriedade de Flávio Werneck, o qual foi acusado de praticar crimes de corrupção junto ao ex-governador Sérgio Cabral⁸⁶⁰.

Destaque-se por oportuno, que para além dos precedentes acima aludidos, somente no ano de 2018 o Superior Tribunal de Justiça brasileiro enfrentou o tema da cegueira deliberada em pelo menos três ocasiões: a) no Agravo Regimental interposto em sede do Recurso Especial nº 1.565.832/RJ, sob a relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornyk⁸⁶¹; b) no Agravo Regimental interposto no Habeas Corpus nº 407.500/AL, sob a relatoria do Ministro Félix Fischer⁸⁶²; c) no Agravo Regimental interposto no Recurso Especial nº 1.669.311/SP, sob a relatoria do Ministro Jorge Mussi⁸⁶³.

3.2.1 Equivalência à *recklessness*?

Tendo por parâmetro o *Model Penal Code* (MPC) norte-americano, partiu de Ira Robbins uma das propostas mais críticas sobre a equiparação entre cegueira deliberada e conhecimento efetivo. Aduz o jurista que a ignorância deliberada não corresponde ao conhecimento certo, tal como na seção 2.02 do MPC, sob o título *Knowingly*, mas apenas a

⁸⁶⁰ Como razões de decidir, o magistrado ponderou que o responsável pelo branqueamento evita a consciência quanto à origem ilícita dos valores adquiridos e assume o risco de produzir o resultado, razão por que deve ser responsabilizado pelo dolo eventual. Agregou ainda que, ao fazerem “vista grossa” aos sinais evidentes da origem ilícita dos valores envolvidos, bem como à alta probabilidade da procedência espúria dos bens, valores e direitos envolvidos, ou se recusam a adquirir um conhecimento acerca da prática de um crime alegando confiar cegamente nos demais envolvidos no esquema, os acusados atraem a incidência da teoria da cegueira deliberada. Além disso, o prolator da sentença invocou como precedente da jurisprudência brasileira a condenação emanada do Caso Mensalão.

⁸⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.565.832/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 17/12/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860361388>. Acesso em: 16.01.2023.

⁸⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 407.500/AL, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/617612958/certidao-de-julgamento-617612981>. Acesso em: 16.01.2023.

⁸⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.669.311/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 22/05/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860146861>. Acesso em: 16.01.2023.

uma representação de probabilidade ou de risco, e tal estado anímico equivale ao instituto da *recklessness*⁸⁶⁴. Acrescenta ainda que a maioria das instruções submetidas aos jurados na aplicação da doutrina da ignorância deliberada, em regra, equivale à definição de tal modalidade de imputação subjetiva, eis que o sujeito ativo se encontra consciente do risco de concorrência dos elementos do delito, dispõe de meios para se certificar sobre tal risco, mas, ainda assim, opta por se manter em estado de incerteza. Vale observar que, ainda em 1954, John Edwards apontava as convergências entre *recklessness* e ignorância deliberada, isto por constatar em ambas uma postura de indiferença do indivíduo relativamente aos riscos óbvios gerados por sua conduta. Advertia, entretanto, que no plano da jurisprudência os dois institutos costumavam ser tratados como realidades absolutamente diferentes, empregando-se fundamentalmente a *recklessness* em delitos como homicídio e assassinato⁸⁶⁵.

Neste cenário, Robbins apregoa que as condenações amparadas na doutrina da ignorância deliberada violam o princípio da legalidade, e por isso sugere que a única solução viável, caso os legisladores não consentam com a impunidade de quem age nesse estado anímico, seria tipificar penalmente e de forma expressa as situações de mera desconsideração (*recklessness*) como suficientes para a aplicação do correspondente delito⁸⁶⁶. Frise-se que a eventual aplicação da cegueira deliberada se mostra particularmente difícil nos crimes contra a saúde pública, eis que a legislação vigente impõe de forma explícita que o agente atue com conhecimento pleno.

O exame do tema nos remete a outras críticas igualmente oportunas, feitas ainda em 1977, por Rollin Perkins contra a regulação do MPC. Aduzia o jurista de Iowa que quando existe prova direta de um plano deliberado de evitar o conhecimento da verdade, o grau de probabilidade deixa de ser importante⁸⁶⁷. Diante disso, propunha uma reforma do texto legal por meio da qual se estabelecesse uma equivalência entre o conhecimento e todas as demais situações em que o agente se tornasse consciente da concorrência de uma determinada circunstância, desde que não houvesse evitado deliberadamente conhecê-la, pois, em sua ótica, a consciência da alta probabilidade é apenas um indício da vontade de ignorar a concorrência de um determinado elemento⁸⁶⁸. Todavia, em contraponto a tal concepção,

864 ROBBINS, Ira. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. v. 81 J. Crim. L. & Criminology n. 191, 1990. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol81/iss2/1/>. Acesso em: 16.01.2023.

865 EDWARDS, John LL. J. *The Criminal Degrees of Knowledge*. MLR. v. 17. n. 4. jul. 1954. p. 303-306. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1091388>. Acesso em: 16.01.2023.

866 ROBBINS, Ira. Ob. cit., p. 231 e ss.

867 PERKINS, Rollin. “Knowledge” as a Mens Rea Requirement. In: Hastings Law Journal. v. 29, 1978. p. 964. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230139588.pdf>. Acesso em: 16.01.2023.

868 PERKINS, Rollin. Ob. cit., p. 965.

Jonathan Marcus preconiza que *recklessness* exige alguma ponderação entre a utilidade social da conduta e o grau de representação do sujeito que não é necessária no caso de conhecimento⁸⁶⁹. Aduz mais que a afirmativa de que alguém atuou com *recklessness* corresponde a um menor grau de representação do que aquele conducente à situação de alta probabilidade, tal como exigida pela seção 2.02.7 do MPC. Por consequência, adverte Robin Charlow que, caso se imponha a cegueira deliberada nos tipos penais que exigem conhecimento, estará sendo significativamente aumentado o âmbito do punível⁸⁷⁰.

3.2.2 Provocação do desconhecimento

Jonathan Marcus ostenta uma perspectiva bastante distinta daquela de Ira Robbins, pois entende que os problemas gerados pela doutrina da cegueira deliberada deve ser solucionados através de uma definição ampla de conhecimento, em lugar de persistir no caráter deliberado da situação de desconhecimento⁸⁷¹. Em sua ótica, a equiparação feita pelo MPC entre conhecimento e representação de alta probabilidade se justifica porque a ação do indivíduo expressa sua indiferença quanto aos valores subjacentes à proibição criminal, e tal postura se mostra tão gravosa quanto aquela do sujeito que está seguro de que sua conduta é delitiva. Portanto, a lei não deveria diferenciá-los⁸⁷². Acrescenta que as disposições da seção 2.02.7 do MPC que versam sobre a atuação do indivíduo com consciência da alta probabilidade não exigem que este tenha se colocado propositalmente em estado de cegueira deliberada, tal como preconizava a tradicional doutrina da *common law*⁸⁷³. Marcus pondera ainda que a solução proposta pelo MPC ostenta evidentes vantagens em relação à resposta tradicional, especialmente porque não exige dos jurados avaliar a prova de algo tão complexo como o fato de que o sujeito deliberadamente se afastou de certos conhecimentos, gerando o risco

869 “O risco representado pelo sujeito deve ser de tal natureza e entidade que, considerando a natureza e o propósito da conduta do autor e as circunstâncias por ele conhecidas, seu descuido suponha um crasso desvio do padrão de conduta que uma pessoa fiel ao Direito teria observado na situação do sujeito ativo” (MARCUS, Jonathan. *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*. In: Yale Law Journal. v. 102, 1993. p. 2239-2240). Disponível em:

https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8772/76_102YaleLJ2231_1992_1993_.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 17.01.2023.

870 CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: Texas Law Review. v. 70, n. 6, mai. 1992. p. 1385 ss. Disponível em:

https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1842&context=faculty_scholarship. Acesso em: 17.01.2023.

871 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2233.

872 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2236.

873 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2237-2239. Nada no código sugere que a definição só se aplique naquelas infrequentes circunstâncias em que a prova indica a existência de um propósito consciente de evitar a verdade.

implícito de que a condenação penal não decorra daquilo que o réu efetivamente sabia, mas sim daquilo que ele devia conhecer⁸⁷⁴.

Sustenta Jonathan Marcus que sua perspectiva é inteiramente compatível com a posição adotada pela Suprema Corte em casos como *Leary vs. US*⁸⁷⁵ e *Turner vs. US*⁸⁷⁶, destacando que tais decisões foram mal interpretadas pelos tribunais de apelação nos pronunciamentos que sucederam à sentença do Caso Jewell. Argumentou que, caso a Corte houvesse aplicado corretamente a seção 2.02.7 neste último caso teria sido desnecessário recorrer à doutrina da *common law* acerca da ignorância deliberada, de vez que tal seção autoriza a condenação de “mulas do tráfico” sem necessidade de que a acusação prove a existência de um propósito consciente de evitar a verdade⁸⁷⁷. Com efeito, na ótica de Marcus a seção 2.02.7 viabiliza as condenações de Leary e Turner, bem assim de todos quantos sejam acusados por uma violação consciente da lei penal, sem impor que o órgão acusador demonstre a ocorrência de uma intenção deliberada de evitar a verdade.

874 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2247-2248.

875 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Leary v. US.*, 395 US 6 (1969), é um caso da Suprema Corte dos EUA que versa sobre a constitucionalidade do *Marihuana Tax Act*, de 1937. Timothy Leary, professor e ativista, foi preso por posse de maconha. O réu fazia uma viagem de carro de Nova York ao México, e após ser negada sua entrada no México, voltou pela Ponte Internacional para o Texas, onde um funcionário da alfândega, através de uma busca, descobriu um pouco de maconha no carro e na pessoa da filha do acusado, o qual foi indiciado sob 26 USC § 4744(a)(2), uma subseção da Lei de Imposto sobre a Maconha, e sob 21 USC § 176a. Leary foi condenado, mas interpôs recurso alegando que sofreu violação ao princípio de vedação à autoincriminação, e invocou como precedentes os casos *Marchetti v. US*, 390 US 39, *Grosso v. US*, 390 US 62, e *Haynes v. US*. Em acórdão unânime, sob a relatoria do juiz John Marshal Harlan II, A Suprema Corte declarou inconstitucional o *Marihuana Tax Act*, e anulou a condenação de Leary, entretanto, logo depois disso o Congresso Americano reagiu e veio a editar a Lei de Substâncias Controladas. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/#tab-opinion-1948101>. Acesso em 17.01.2023.

876 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Turner v. US.*, 396 US 398 (1970): Agentes antidrogas pararam um carro em que o réu viajava e encontraram um pacote do qual o acusado tentou se desfazer, onde havia cerca de 15 gramas de uma mistura de cocaína e açúcar, 5% da qual era cocaína, e um pacote no carro pesando cerca de 48 (quarenta e oito) gramas contendo uma mistura com 15,2% da qual era heroína. Turner foi indiciado e condenado por quatro violações de narcóticos: a) recebimento, ocultação e facilitação do transporte e ocultação de heroína sabendo que a heroína havia sido importada ilegalmente para os Estados Unidos, violando o 21 USC § 174; b) comprar, possuir, dispensar e distribuir conscientemente heroína fora da embalagem original carimbada, violando o 26 USC § 4704(a); c) igual ao primeiro delito em relação à cocaína apreendida, d) igual à segunda ofensa em relação à cocaína. No julgamento, a acusação apresentou provas da apreensão do pacote, mas não ofereceu nenhuma prova sobre a origem das drogas, e o acusado não testemunhou. Turner foi condenado, mas apelou argumentando que as instruções do juiz ao júri sobre as inferências que podiam formular sobre a posse não explicada das drogas violaram seu privilégio contra a auto-incriminação, penalizando-o por não testemunhar. O Tribunal de Apelações rejeitou esta alegação e confirmou, concluindo que as inferências eram permitidas em decisões anteriores. Diante de novo recurso, o caso foi submetida à Corte Suprema, a qual invocou a doutrina da ignorância deliberada e o disposto no *Model Penal Code*, para decidir que traficantes de heroína inevitavelmente têm consciência de que o produto é contrabandeado, “a menos que coloquem em prática uma ignorância estudada, à qual não têm direito” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/#tab-opinion-1948309>. Acesso em 17.01.2023.

877 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2243.

Finalmente, Marcus não apenas adverte que há injustificada mescla da doutrina tradicional com as disposições do MPC, a qual tem gerado decisões aparentemente contraditórias no âmbito dos tribunais de apelação dos diversos circuitos da justiça federal, como ainda propõe o abandono definitivo da doutrina da *willful blindness* para que seja possível aferir exclusivamente o elemento cognitivo. Aparentemente tal concepção evidencia uma notável aproximação da doutrina continental, e mais especificamente, a figuras como o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual⁸⁷⁸. Para Marcus a instrução a ser dada aos jurados consistiria no seguinte: “A acusação sustenta que o acusado teve conhecimento (do fato em questão). Podem afirmar que o acusado tinha conhecimento do fato se chegam à conclusão de que dito acusado acreditava que era altamente provável que tal fato existira. Não é necessário, em troca, que conclua que o acusado estava seguro de que tal fato existira. Se, pelo contrário, concluem que o acusado simplesmente fez pouco caso de um risco substancial da existência do fato, ou simplesmente devia ter conhecido a dita existência, devem concluir que não atuou com conhecimento⁸⁷⁹”.

3.2.3 Taxatividade das hipóteses de equivalência entre conhecimento e ignorância deliberada

A doutrina da cegueira deliberada também foi examinada por Robin Charlow, em trabalho intitulado “*Willful Ignorance and Criminal Culpability*”, publicado em 1992, na *Texas Law Review*⁸⁸⁰. Aduz a jurista que os problemas acadêmicos suscitados pelas situações de ignorância deliberada decorrem da ausência de adequada investigação sobre a culpabilidade do indivíduo que atua nesse estado de ânimo. Charlow sustenta que o conhecimento criminal é a crença subjetiva em estado de certeza ou segurança prática acerca de um fato existente ou verdadeiro, passado ou presente, ainda que *recklessness* seja a “criação consciente de risco”. Adverte ainda que na maioria dos casos de cegueira intencional se descreve um estado mental híbrido que não é propriamente conhecimento nem *recklessness*⁸⁸¹. Nesse cenário, a constitucionalista da Cornell Law Scholl oferta uma proposta coerente com suas premissas, pois, se é certo que a cegueira deliberada se localiza entre conhecimento e imprudência, em boa lógica e por simetria de razões o grau de culpabilidade do sujeito que atua nesse estado anímico deve situar-se igualmente numa escala

878 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2256.

879 MARCUS, Jonathan. Ob. cit., p. 2257.

880 CHARLOW, Robin. Ob. cit., p. 1351-1429.

881 CHARLOW, Robin. Ob. cit., p. 1376-1390.

intermediária. Com efeito, se mostram descabidas equiparações genéricas entre conhecimento e ignorância deliberada, contudo, seria oportuno estabelecer uma previsão específica nos delitos concretos em que se pretenda aplicar a doutrina da *willful blindness*.

Charlow diverge da solução geral sugerida pelo MPC⁸⁸² porque, em sua ótica, tal equiparação só seria justificável quando presentes quatro fatores: a) que o agente disponha de uma excelente percepção de um fato que converte sua conduta em ilícita; b) que o agente atue na crença de que o citado fato realmente se verifica; c) que o agente evite deliberadamente averiguar se o fato existe ou não; d) que tal omissão em obter conhecimentos seja decorrente de algum propósito mal ou perigoso, que evidencie um nível especialmente elevado de maldade criminal. Destaca a jurista que este último fator concorrerá sempre que o sujeito provoque seu desconhecimento com esse propósito de se imunizar frente a possíveis responsabilidades penais.

3.2.4 *Willful blindness* vs. princípios da legalidade e da tipicidade

O tema da cegueira deliberada também ocupou as atenções de Douglas Husak e Craig Callender, os quais publicaram um trabalho em 1994, no qual partem de uma premissa similar àquela adotada por Jonathan Marcus. Enfatizaram que existe uma contradição em buscar o enquadramento da *willful blindness* na seção 2.02.7 do MPC, eis que tal seção alude exclusivamente a conhecimento de alta probabilidade, mas tangencia as razões pelas quais o sujeito não dispõe de um conhecimento perfeito sobre as características de seu comportamento. Argumentam que se o propósito da multicitada seção 2.02.7 foi estabelecer uma definição de cegueira deliberada, ela se mostrou falha, nomeadamente porque exclui de seu alcance os casos em que o indivíduo, mesmo consciente de um risco de realização delitiva que não pode ser qualificado como de elevada probabilidade, ainda assim evita deliberadamente confirmar suas suspeitas⁸⁸³. Admitem os juristas que tais agentes possam ser eventualmente reputados menos culpáveis que outros que atuem com a consciência de uma alta probabilidade, mas de modo algum podem ser reputados inocentes⁸⁸⁴.

Para densificar sua percepção, Husak e Callender apresentam um elucidativo exemplo, no qual um indivíduo venha a oferecer significativa cifra a dois turistas prestes a embarcar

882 CHARLOW, Robin. Ob. cit., p. 1395-1397.

883 HUSAK; CALLENDER, WLR, 29 (1994), pp. 36-37. Segundo argumentam estes autores (p. 39) “a valoração do agente acerca da probabilidade da verdade de uma determinada proposição não parece ser essencial para decidir se se trata de um ignorante deliberado”.

884 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. *Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability Thesis: a Study of Deeper Significance of the Principle of Legality*. In: Wisconsin Law Review. n. 29, 1994. p. 39.

numa aeronave, em troca de que levem consigo malas cujo conteúdo seja desconhecido e sobre o qual o “generoso proponente” se negue a detalhar, embora assegure que uma das malas se encontra vazia. Caso um dos turistas venha a ser preso na aduana por tráfico de estupefacientes é possível afirmar que o mesmo detinha consciência da “alta probabilidade” de estar traficando drogas, quando tal probabilidade era de apenas 50% (cinquenta por cento)? É forçoso admitir que o exemplo paradigmático de autoengano não encontra guarida na seção 2.02.7 do MPC.

Além disso, ponderam os juristas que a mera suspeita não pode ser confundida com ignorância deliberada, por três relevantes razões: a) a ignorância deliberada requer uma “suspeita justificada”, que não concorre nos casos de suspeitas infundadas atribuídas a paranóias ou delírios do sujeito; b) a ignorância deliberada pressupõe disponibilidade, vale dizer, pressupõe que esteja ao alcance do indivíduo, sem grandes dificuldades, a informação necessária para confirmar ou desmentir suas suspeitas; c) a *willful blindness* requer uma especial motivação concretizada na vontade de obter uma escusa em caso de ser descoberto, de modo que a situação de desconhecimentos não decorra meramente de preguiça, estupidez ou ausência de curiosidade⁸⁸⁵. Assim, é nesta terceira circunstância que se consegue distinguir entre o ignorante deliberado e o indivíduo que atua com *recklessness*, eis que aquele dispõe de um incentivo particular para não conhecer a realidade dos fatos, ao contrário do segundo⁸⁸⁶.

Husak e Callender entendem que, dado que conhecimento e ignorância deliberada são realidades distintas, sua equiparação para efeitos penais só pode se justificar se nelas se observa um idêntico grau de culpabilidade⁸⁸⁷. Portanto, mesmo que inexista uma teoria que propicie a aferição segura e incontroversa do nível de culpabilidade, intuitivamente o grau de culpabilidade pode variar em função das distintas situações imagináveis de cegueira deliberada, ainda que exista alguma razão relevante para cogitar que muitos indivíduos que atuam nesse estado anímico não sejam tão culpáveis quanto aqueles que agem com autêntico conhecimento.

O motivo para a isto se encontra no fato de que apenas indivíduos que desempenham tarefas muito limitadas num esquema criminal composto por vários atores têm a oportunidade real de agir como ignorantes deliberados. Eis porque é fácil enquadrar a doutrina da cegueira deliberada no agir das “mulas do tráfico”, mas é verdadeiramente impossível cogitar que aqueles que organizam a distribuição e comercialização dos entorpecentes possam

885 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 40.

886 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 41.

887 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 53.

permanecer em estado de cegueira deliberada⁸⁸⁸. Todavia, mesmo que se admita a tese da idêntica culpabilidade entre os que agem com conhecimento e os que atuam em estado de cegueira deliberada, para Husak e Callender o princípio da legalidade impediria trasladar tal equiparação ao Direito vigente, pois se trataria de um caso claro de analogia oposta ao dito princípio⁸⁸⁹.

Finalmente, sustentam os jusfilósofos que somente por meio de uma reforma legal seria possível conferir o mesmo tratamento a ambas as situações, de modo que as tentativas de compatibilizar o princípio da legalidade com a punição de agentes que atuam em cegueira deliberada estão condenadas ao fracasso, eis que o conceito foi elaborado com o único fim de tangenciar o princípio da legalidade⁸⁹⁰. Apregoam tratar-se de uma autêntica fraude à legalidade que deriva fundamentalmente de necessidades político-criminais de repressão ao narcotráfico: a chamada guerra às drogas⁸⁹¹.

Além disso, Husak e Callender aderem à proposta doutrinária de Robbins, no sentido de reformar a lei para que a *recklessness* seja suficiente à configuração do tráfico de drogas, mas advertem que o problema de tal proposta é que, mesmo que em todas as situações de ignorância deliberada estejam presentes os requisitos da *recklessness*, nem todos os casos de *recklessness* contém os elementos da ignorância deliberada, de modo que uma reforma legal nestes moldes importaria em punir muito mais casos que aqueles que supostamente a justificam⁸⁹².

Por outro lado, nas hipóteses de posse de drogas raramente poder-se-ia argumentar a ocorrência de uma conduta penalmente relevante, sobretudo quando ausente a consciência daquilo que está possuindo⁸⁹³. Portanto, a ideia de Husak e Callender não importa em substituir o conhecimento pela *recklessness*, mas por punir especificamente a infração de deveres de conhecimento do que se transporta, com penas mais leves, desde logo, que as previstas para a posse consciente⁸⁹⁴.

888 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 55.

889 Os juristas citam o caso da tentativa, ainda que muitos considerem que a culpabilidade do autor do delito tentado seja igual ao do consumado, ambos os sujeitos não podem ser condenados nos mesmos termos se a lei não o permite. A crítica de que a suspeita não equivale ao “conhecimento” exigido pela letra da lei aparece também no comentário sobre US. v. Murrieta-Bejarano. In: Iowa Law Review. n. 63, 1977. p. 473 (HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit. p. 56-57).

890 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 58.

891 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 60-61.

892 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 63.

893 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 66.

894 HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. Ob. cit., p. 68-69.

3.2.5 Valoração final e reflexões críticas

O conteúdo dos tópicos anteriores já sinaliza uma variedade de construções teóricas sobre a teoria da cegueira deliberada, somente no âmbito da ciência penal norte-americana, mas as divergências não se resumem aos pensamentos dos autores indicados linhas atrás. Na verdade, o tema será retomado no título 3.4, o qual versará sobre oito distintas concepções doutrinárias sobre *willful blindness*. Além disso, a análise do instituto em nada deixa a dever aos embates doutrinários sobre o instituto, no plano da ciência jurídica de outros países adeptos da *civil law*, onde não raro o estado anímico de ignorância deliberada costuma ser situado entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A comparação entre os tipos subjetivos se torna um pouco mais complexa pelo particular sistema de fontes próprios da *common law*, mas ainda pela aparente obscuridade dos precedentes assinalados pela jurisprudência ao longo dos anos. Daí que alguns juristas preferem atribuir ao legislador a tarefa de estabelecer critérios objetivos a partir dos quais se possa punir condutas penais em que o conhecimento não se mostra efetivamente presente.

Conclusivamente, o que se observa é que os limites da *willful blindness* são discutidos sem consenso aparente, até mesmo nos ordenamentos jurídicos que historicamente admitem o instituto, de modo que também daí surge o alerta de que não se pode importar o instituto para aplicá-lo sem maiores cautelas em sistemas jurídicos da Europa Continental, ou mesmo das Américas. É preciso cotejar com cuidado a doutrina da cegueira deliberada com as teorias tradicionais que versam sobre as formas de imputação subjetiva, tomando em conta o alerta de Maximo Langer⁸⁹⁵ sobre os riscos derivados dos transplantes legais.

Com efeito, assiste razão ao jurista californiano quando pondera que “um terceiro problema com a metáfora do transplante é que a transferência de regras, ideias e práticas jurídicas, pode produzir uma profunda transformação não apenas na prática transferida em si, mas também no sistema jurídico receptor como um todo. (...) A metáfora do transplante não parece ser suficientemente flexível para captar este fenômeno. Mesmo que um corpo humano tenha que se ajustar a um novo órgão, ele ainda permanecerá essencialmente inalterado. As mudanças produzidas em um sistema legal pela transferência de regras legais, ideias e instituições, no entanto, pode ir muito mais fundo do que isso”. Destarte, é preciso estar

895 LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. In: Harvard International Law Journal n. 1. v. 45. 2004, p. 32.

atento aos problemas concretos que se apresentam com a “importação” da doutrina da cegueira deliberada para ordenamentos jurídicos filiados ao *civil law*.

3.3 Cegueira deliberada no âmbito da *civil law*

Consoante se percebe do confronto entre algumas das teorias explicitadas linhas atrás, há doutrinadores que compreendem a ignorância deliberada como uma forma dissimulada de dolo eventual, ao passo que outros sustentam se tratar de mera estratégia para punir por crime doloso alguém que agiu apenas de forma negligente, e esse confronto de ideias nos remete novamente aos degraus da culpabilidade. De fato, no dolo eventual o agente não pretende realizar diretamente o crime, mas admite sua realização como possível e provável, e por isso mesmo assume o risco de produzir o resultado lesivo. Já na culpa consciente, o agente conhece o risco, consegue prever a possibilidade de ocorrência do resultado típico, mas age de forma não diligente, por acreditar convictamente que o resultado lesivo não se concretizará. Induvidosamente subsiste uma fronteira muito tênue entre as duas situações, vale dizer, entre degraus de conhecimento e de vontade. No dolo eventual o agente detém conhecimento pleno da situação, mas vontade precária de produzir os efeitos do crime. Na culpa consciente o agente sabe do risco de suas ações, mas acredita tanto em si mesmo que imagina que o crime não se concretizará.

Sucede que, por maior que seja a capacidade do julgador, ainda não lhe é possível sindicá-lo com exatidão os contornos da vontade e os limites do conhecimento do agente, e por isso mesmo deverá optar por duas situações: a) adotar a lógica positivista e repudiar a teoria da ignorância deliberada, a fim de não correr o risco de condenar alguém injustamente por crime doloso, sem prova efetiva de que o arguido agiu com conhecimento; b) sopesar, a partir das provas colhidas, os níveis de conhecimento e vontade do agente, levando em conta as especificidades e peculiaridades do tipo penal objetivo, mas levando em conta, sobretudo, as condições cognitivas pessoais do agente, tudo sem desconsiderar os antecedentes do mesmo, pois é o somatório dessas experiências que apontará qual o nível de risco que o agente decidiu incorporar quando aceitou tomar parte na conduta. Aliás, tomando como exemplo o Caso Jewell⁸⁹⁶, em que o réu foi condenado em 1976 por cruzar a

896 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do 9º Circuito. *US. v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976), é um caso criminal no qual o tribunal considerou que a cegueira deliberada satisfaz os requisitos de conhecimento de um fato. A decisão deu origem à instrução do júri conhecida como “*ostrich instruction*”. Jewell foi abordado em um bar no norte do México perto da fronteira com os Estados Unidos e, após receber uma oferta de maconha que ele se recusou a comprar, foi questionado se ele dirigiria um carro na fronteira por US\$100,00

fronteira entre o México e os Estados Unidos transportando maconha no porta-malas de seu automóvel, o acolhimento ou repulsa da versão por ele apresentada no sentido de que desconhecia o que transportava no porta-malas de seu próprio carro exigiria saber como estava acondicionado o entorpecente, quem deteve a posse do veículo antes da viagem, por quanto tempo deteve, e a que título deteve, mas exigiria igualmente investigar o passado do réu e as razões por ele alegadas para motivar a viagem.

Com efeito, um réu que já respondeu a outros feitos criminais, que já esteve envolvido com crimes, notadamente tráfico de estupefacientes, jamais poderia chamar a si uma condição de ingenuidade que justificasse o argumento do desconhecimento da ilicitude da conduta. Destarte, ainda que não seja possível “tabelar” com segurança os limites da ignorância deliberada, tomando por base as oito concepções doutrinárias que serão detidamente examinadas no título 3.4 deste capítulo, bem assim as críticas recíprocas realizadas por cada um dos autores, não seria desarrazoado sustentar que a doutrina da ignorância deliberada começa a reclamar para si uma condição intermediária entre o dolo eventual e a culpa consciente. E se esse *tertium genus* será incorporado como espécie de dolo, ou como modalidade de culpa, cabe não apenas à doutrina definir, mas sobretudo à dogmática e à jurisprudência.

Em verdade, por vezes o conhecimento científico é construído a partir da divisão de institutos, por espécies, a partir de um gênero comum. Numa perspectiva bastante ampla, no início o Direito era dividido somente em dois grandes ramos: direito público e direito privado, contudo, ao longo dos anos os dois hemisférios foram se repartindo em outros ramos mais específicos, de modo que o direito público passou a comportar o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário, o direito penal, dentre outros. Portanto, é razoável inferir que o mesmo raciocínio pode ser aplicado aos institutos de qualquer ramo do Direito, e nessa ordem de ideias é possível conceber a seguinte escala de culpabilidade: a) dolo direto (de primeiro e de segundo grau); b) dolo eventual; c) dolo por omissão proposital (ou cegueira deliberada); d) culpa consciente; e) culpa inconsciente.

Saliente-se que o traço característico marcante do terceiro degrau de dolo, tal como ora proposto, seria a circunstância de que o conhecimento figura como elemento recessivo, e a

(cem dólares). O carro foi parado na alfândega e maconha foi encontrada no carro em um compartimento que Jewell percebeu, mas não supostamente não teria chegado a inspecionar. Para ser considerado culpado, a lei exigia que ele soubesse que havia maconha no carro. O tribunal de primeira instância instruiu o júri no sentido de que o governo pode completar seu ônus de prova demonstrando que se o réu não estava realmente ciente sua ignorância teria resultado única e inteiramente da opção do acusado de se manter alheio às circunstâncias suspeitas do caso. Jewell foi condenado sob o fundamento de que “a ignorância deliberada e o convencimento positivo têm um mesmo grau de culpabilidade”. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em 17.01.2023.

vontade se manifesta como elemento dominante. Aliás, não é despropositado conceber os elementos cognitivo e volitivo como “vasos comunicantes”, pois não raro o conhecimento abundante inibe o crescimento da vontade. *Mutatis mutandi*, quando a vontade se agiganta na mente do sujeito, ela ocupa significativamente o espaço que deveria ser preenchido pelo conhecimento, o qual foi deliberadamente afastado, normalmente em decorrência de um poderoso incentivo de recompensa financeira.

No âmbito da *common law* é possível conceber uma escala de culpabilidade muito semelhante, senão vejamos: a) purpose (conhecimento forte + vontade forte); b) knowledge (conhecimento forte + indiferença ao resultado); c) willful blindness (conhecimento intencionalmente reduzido + vontade forte); d) recklessness (conhecimento reduzido + indiferença ao resultado); e) negligence (conhecimento fraco + indiferença ao resultado).

Há de se reconhecer, contudo, que a equiparação da ignorância deliberada ao conceito de dolo, ainda que na modalidade de dolo eventual, pode encontrar óbices na legislação penal portuguesa, isto porque, segundo o art. 14º do CP luso, dolo é conhecimento e vontade. Destarte, além da representação do fato, se exige que o agente tenha efetivamente desejado cometê-lo. Portanto, os ordenamentos jurídico-penais que consagram uma definição de dolo, com exigência explícita de conhecimento efetivo (diferente de conhecimento intuitivo), impedem a inserção da ignorância deliberada nesse conceito, sob pena de violação do princípio da legalidade. Por outro lado, ainda que o agente tenha incorrido em erro (CP português, art. 16º), não se há que falar em dolo. Contudo, a pergunta que se impõe é se incorrerá em erro aquele que se recusa a procurar e a conhecer visando se eximir de responsabilidade criminal.

Ora, ainda que a maioria dos casos resolvidos com aplicação da cegueira deliberada, seja no ordenamento espanhol, seja no ordenamento brasileiro, ou ainda no ordenamento anglo-americano, o mesmo caminho não se mostra adequado ao direito penal português, segundo o qual o fato somente será doloso se o sujeito tiver conhecimento seguro dos elementos do tipo, e tiver desejado implementá-los ou, pelo menos, houver se conformado diante de seus efeitos prováveis. *Mutatis mutandi*, inexistindo essa consciência cristalizada no momento da prática do fato, o agente incorrerá em erro, e por isso forçosamente dele será excluída a atuação dolosa.

Exemplificando o raciocínio sob a ótica do crime de branqueamento de capitais, o dolo do agente deverá abranger o conhecimento sobre a proveniência ilícita das vantagens, não sendo necessário que perceba o concreto fato ilícito típico antecedente de onde emanaram as vantagens indevidas. Assim, se alguém aceita ser administrador formal de centenas de

sociedades em troca de uma remuneração, e se lhe é indiferente qual o objeto social de tais sociedades, ou a atividade real às quais se dedicam cada uma delas, é natural que o agente tenha admitido a hipótese de que alguma daquelas pessoas coletivas seja voltada à prática de crimes, inclusive de branqueamento. Contudo, se este administrador vier a ser acusado por lavagem de ativos e alegar que desconhecia as atividades daquela empresa, em princípio a ausência de conhecimento excluirá sua atuação dolosa, e não se tratando de tipo penal que admite a modalidade culposa, tal conduta restará impune.

Densificando ainda mais o exemplo, considere-se que o agente pratica, posteriormente, atos que consubstanciam um crime de branqueamento, tal como ordenar a transferência de receitas fictícias para outra jurisdição. Para que se pudesse afirmar com segurança a configuração de atitude dolosa seria necessário comprovar que o agente detinha a consciência que o dinheiro era proveniente de um ilícito típico, como uma fraude fiscal, mas, ainda assim, se conformou com a possibilidade da sua dissimulação. Destarte, ausente a prova da consciência, resta forçosa a absolvição por inoccorrência de dolo. Mas, se o agente apenas consentiu que o seu nome figurasse como administrador de algumas sociedades, não tendo praticado qualquer ato posterior, nem nada sabendo da prática de qualquer ato branqueador? Nessa hipótese a solução é encontrada *a priori*, pois a mera cogitação que alguma das sociedades poderia servir para a prática de crimes, quando da aceitação do cargo, se mostra irrelevante para a configuração do crime de branqueamento, eis que no momento concreto da consumação o agente não dispunha de conhecimento ou vontade para aderir à empreitada criminosa. Conclusivamente, tem-se que nesse caso o dolo eventual antecedente não poderia servir de lastro à incriminação.

Por tudo isso, se afigura incongruente que o agente das situações hipotéticas ora explanadas permaneça impune, entretanto, não se pode deixar de considerar que esse estado de inconformação emane de algo exterior ao Direito, mas que influencia nossa índole, qual seja, o senso de moralidade. Todavia, o Direito não é, e nem pode ser exclusivamente moral, razão por que nem sempre a conduta incoerente é ilegítima, e por isso mesmo não pode justificar uma punição, ainda que para tanto se invoque a necessidade de prevenção e repressão à criminalidade econômico-financeira. Portanto, não se afigura defensável o manejo da teoria da ignorância deliberada no âmbito do direito penal português, ainda que restrita aos crimes econômicos, porque os riscos inerentes comprometeriam a higidez do sistema de imputação subjetiva.

Embora se reconheça, na doutrina brasileira, algumas opiniões dissonantes quanto à compatibilidade entre o dolo e a teoria da cegueira deliberada⁸⁹⁷, é imperativo reconhecer que o art. 18, inciso I do CPB assinala uma redação bem mais receptiva que seu correlato do Código Penal lusitano. Com efeito, assinalou a norma penal brasileira que “diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Nesse aspecto, a posição adotada por Lucchesi é inteiramente rebatida por Edinger, para quem “a cegueira deliberada é hipótese de dolo eventual. Ela é o preenchimento da assunção do risco a partir da escolha, deliberada, de não buscar maiores informações a respeito da conduta penalmente relevante que objetivamente pode ser imputada ao acusado”⁸⁹⁸.

Edinger acrescenta ainda que “o objetivo é fazer constar uma concepção normativa de dolo e uma concepção de dolo eventual dentro dessa moldura: entender, portanto, estes institutos como imputação e valoração, e não como se fossem dados existentes no mundo, como uma cadeira ou um livro”⁸⁹⁹. E para emprestar reforço a seus argumentos, Edinger invoca as lições de Welzel, segundo o qual a aferição da presença do dolo “parece ser o ponto cego do finalismo: embora conte com uma gramática adequada para a compreensão do fenômeno, naturaliza-o, não como presunção clássica, mas sim como aspecto psicológico intangível”⁹⁰⁰.

Precisamente em função disso é que, para os adeptos da teoria psicológica da culpabilidade, esta seria um elemento normativo e por isso mesmo se encontra na “cabeça do juiz”, que ao analisar o caso concreto verificará a existência dos elementos que a compõem, quais sejam: a imputabilidade do agente infrator, a sua capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta e a possibilidade de exigir atitudes conforme determina a lei. Bem por isso, ausente qualquer desses elementos a culpabilidade estará excluída.

Para robustecer as razões de sua convicção, Edinger se associa aos postulados de Hungria e Dotti, segundo os quais “a localização do dolo é efetivamente no interior do fato

⁸⁹⁷ “O conceito de cegueira deliberada não corresponde necessariamente ao conceito de dolo adotado pelo Código Penal, estando o dolo presente apenas em algumas situações de cegueira deliberada. Diante da ausência de correspondência, concluiu-se, segundo a cegueira deliberada não tem cabimento no sistema jurídico penal brasileiro como categoria de imputação equivalente ao dolo eventual, bastando que o dolo seja identificado a partir de seus fundamentos próprios, dentro da quadratura delineada pela legislação penal. Terceiro, e por fim, concluiu-se que o abandono da ‘teoria da cegueira deliberada’ não deixa lacunas de punibilidade a serem colmatadas. Ao contrário, permite resolver a problemática central da tese, evitando-se que a cegueira deliberada possa funcionar como uma categoria de expansão do alcance do dolo. Pode-se evitar, assim, que a jurisprudência siga punindo a culpa a título de dolo” (LUCCHESI, Guilherme Brener. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paula: Marcial Pons, 2018).

⁸⁹⁸ EDINGER, Carlos. A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 161.

⁸⁹⁹ EDINGER, Carlos. Ob. cit., p.59.

⁹⁰⁰ WELZEL, Hans. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p. 73.

típico e não como um elemento da culpabilidade, segundo o antigo e superado entendimento”⁹⁰¹. Precisamente por isso, aquele jovem doutrinador assinala que o dolo eventual não pode ser tido em sua acepção psicológica, mas, ao contrário, deve ser aferido em sua acepção normativa, eis que está vinculado a indicadores factuais cuja prova se faz possível, e não a graus de estados mentais que se revelam verdadeiramente insondáveis ao magistrado⁹⁰².

Ainda no plano da doutrina brasileira, Spencer Sydow faz coro às concepções de Edinger quando didaticamente esclarece que “a teoria da cegueira deliberada comporta duas situações: a da cegueira deliberada propriamente dita e a da ignorância deliberada. A primeira, trata da criação consciente de estratégia preventiva de evitação dos riscos futuros e incertos que acabam ocorrendo, sendo estes indesejados; a segunda, a identificação de suspeita de existência de elemento do tipo penal na conduta sem ação no sentido de sanar tal suspeita e consequência ocorrência de resultado ilícito não desejado”⁹⁰³.

Pondera ainda que a cegueira deliberada, em sentido amplo, comporta duas vertentes: a) há deveres de cuidado, legais e normativos, que fazem parte de uma sociedade, e dentre eles está o dever de obter informações acerca dos elementos que compõem as condutas dos indivíduos; b) ao cidadão cabe ponderar cada relação em que se insere com base num princípio de alta probabilidade, questionando a existência de chances de cada elemento integrador de sua conduta poder estar relacionado com um delito.

Nessa linha de raciocínio, Sydow busca amparo nas lições de Puppe para esclarecer como extrair a presunção de intenção do agente, através do dolo normativo. Esclarece que “ao magistrado caberia verificar se a conduta praticada pelo indivíduo relacionada com o delito – mas que se declara ignorante de elementos do tipo – é aceitável do ponto de vista social, ou se ultrapassa o dever de prudência do homem médio, fulcrado na lógica da criação de riscos e na previsibilidade de perigos”⁹⁰⁴.

Além disso, após aludir aos quatro requisitos propostos por Ragués i Vallès, para aferir a presença do dolo eventual do agente que deliberadamente busca se manter em estado de ignorância, Sydow arremata seu pensamento apregoando que “apesar de haver institutos jurídicos semelhantes que buscam resolver problemáticas semelhantes, relacionadas com falta de conhecimento ou consciência, como o do erro de tipo, *actio libera in causa* e o dolo

901 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. Comentários ao Código Penal. v. 1. t. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 533.

902 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 60.

903 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 256.

904 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 257.

eventual, a teoria da cegueira deliberada mostra-se mais eficiente e assume papel de destaque”⁹⁰⁵.

Portanto, têm razão Edinger e Sydow ao sustentar a compatibilidade entre a cegueira deliberada e o ordenamento brasileiro, seja porque a aferição do dolo (CPB, art. 18, I) impõe a adoção da teoria do dolo normativo, seja porque, tanto o STF quanto outras cortes brasileiras registram precedentes segundo os quais a teoria da cegueira deliberada guarda compatibilidade com o instituto do dolo eventual, ou, na mais branda das hipóteses, seria um *tertium genus* apto a demonstrar a presença de consciência (ainda que dissimulada) e vontade, suficientes para integrar o elemento objetivo do tipo penal. Portanto, cegueira deliberada seria um autêntico dolo por omissão proposita.

3.3.1 Modelos distintos de imputação subjetiva

É certo que os sistemas jurídicos continentais de influência romano-germânica delinearam o direito penal de forma um pouco diversa daqueles de matriz anglo-americana, notadamente quanto às diferentes modalidades de imputação subjetiva. Assim, enquanto estes últimos contemplam explicitamente até cinco formas possíveis de *mens rea* ou tipo subjetivo, os primeiros buscam lastro na simplória diferença entre intenção e imprudência, e segundo a orientação majoritária da doutrina, isso corresponde à cisão entre o agir voluntário e o comportamento involuntário objetivamente típico⁹⁰⁶. Portanto, à partida, é forçoso reconhecer que os sistemas anglo-americanos ostentam um grau de refinamento superior à simples bipartição adotada pelos ordenamentos influenciados pela *civil law*⁹⁰⁷.

Tomando como exemplo o sistema jurídico espanhol, o que se verifica é alguma desproporção derivada da clássica bipartição do tipo subjetivo entre dolo e culpa (imprudência), e para mitigar tal dificuldade recorre-se às construções conceituais do dolo direto e indireto, que aparentemente guardam certa equivalência com os institutos do *knowledge* e da *recklessness*. No entanto, apesar dessa equivalência estabelecida, não se pode tangenciar certas diferenças de relevo. Com efeito, enquanto o dolo direto e o dolo eventual

905 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 259.

906 As quatro formas de imputação subjetiva são adotadas de forma quase unânime nos códigos baseados no MPC, e segundo Greg Taylor, a distinção entre culpa e dolo como únicas formas de imputação subjetiva, teve origem no direito romano (TAYLOR, Greg. *Concepts of Intention in German Criminal Law*. In: Oxford Journal of Legal Studies, v. 24, 2004. p. 102).

907 Com a reforma de 2000, o art. 121-3 do CP francês passou a adotar a distinção entre intenção, colocação em perigo deliberado e culpa (PRADEL, Jean; VARINARD, André. *Les grands arrêts du droit pénal général*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 480 e ss).

são espécies do dolo em geral e ensejam a mesma punição, as modalidades de imputação subjetiva da *common law* ostentam maior autonomia e poderão ser aplicadas, ou não, conforme o que seja previsto em cada tipo penal específico, entretanto, às vezes, podem justificar um tratamento penal diferenciado⁹⁰⁸.

Contudo, Lorenzo Copello⁹⁰⁹ relembra que no CP espanhol também são contemplados delitos que exigem a ocorrência de uma ação puramente intencional do agente, tal como se observa nos crimes de divulgação ilegítima de patentes secretas (art. 277)⁹¹⁰, ou abandono de persecução penal de determinados crimes (art. 408)⁹¹¹, ou mesmo o delito de dano (art. 625, nº 1)⁹¹². Estes raros exemplos derivam de uma técnica legislativa que aparentemente perde espaço diante da cláusula geral prevista no art. 12 do CP espanhol⁹¹³, segundo a qual todos os crimes exigem dolo, salvo aqueles em que a lei assinale expressamente punição por conduta meramente culposa (imprudente).

O cotejo da tipificação subjetiva, tal como prevista nos sistemas continentais e no sistema anglo-americano, revela que este último dispõe de melhor capacidade de ajuste aos diversos estados anímicos que podem ocorrer. Os sistemas continentais, por seu turno, admitem que certos casos de dolo eventual que se estreitam com a culpa, ocasionem o mesmo tratamento punitivo aplicado a hipóteses de dolo direto de primeiro grau, nos quais o agente tenha agido com inafastável propósito de lesar o bem jurídico⁹¹⁴. Por outro lado, é forçoso reconhecer que os sistemas da *common law* podem ensejar lacunas inexistentes nos sistemas da *civil law*, precisamente devido à amplitude de incidência das espécies de dolo.

908 TAYLOR, Greg. Ob. cit., p. 108. No mesmo sentido: DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valência: Tirant lo Blanch, 1994. p. 257-258.

909 LAURENZO COPELLO, Patrícia. *Dolo y Conocimiento*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 204-206; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. *Dolo e imprudência em el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 431 e ss.

910 CP espanhol, Artículo 277. *Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional.*

911 CP espanhol, Artículo 408. *La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.*

912 CP espanhol, Artículo 625. n. 1. *Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaren daños cuyo importe no exceda de 400 euros.*

913 CP espanhol, Artículo 12. *Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.*

914 Segundo Taylor, as análises de autores de língua inglesa, que não são obrigados a tentar encaixar a imprudência na intenção, tendem a ser muito mais sutis, compreensíveis e desvinculadas do que as de seus colegas alemães (TAYLOR, Greg. Ob. cit., p. 373).

Exemplo disso se observa no tráfico de estupefacientes, pois em sistemas continentais é suficiente que o indivíduo tenha atuado dolosamente, e isto inclui o dolo eventual. Já nos EUA, para que se possa punir certas situações de transporte ou posse de droga, se exige que o arguido tenha atuado com conhecimento efetivo sobre a natureza da substância que detém ou transporta. Nessa linha de ideias, em ordenamentos jurídicos atrelados à *civil law*, basta que o motorista esteja ciente da possibilidade de estar transportando drogas para que suporte pena por crime doloso, mas no sistema anglo-americano tal conduta não atrairá a incidência do tipo penal do tráfico de drogas, e isso realmente configura uma lacuna do ordenamento, caso se compreenda que a conduta do motorista que atua e aceita o risco mereça reprimenda penal. Tal fenômeno deriva da circunstância de que, na *common law*, o conhecimento costuma ser definido como *awareness*, vale dizer como consciência atual da existência de um fato determinado⁹¹⁵.

Sucede que no sistema anglo-americano a doutrina da cegueira deliberada foi utilizada originariamente para permitir a punição de arguidos que apenas detivessem suspeita ou representação da possibilidade de cometimento de alguma espécie de tipo objetivos. Naquelas primeiras sentenças, as deficiências cognitivas aparentemente eram compensadas pela natureza proposital do desconhecimento, vale dizer, uma espécie de vontade de não conhecer. Todavia, tal requisito não é exigido nas situações de dolo eventual, próprias da *civil law*, eis que em tais casos não importam as razões do conhecimento que falta ao sujeito ativo, desde que ele tenha representado o suficiente para romper a tênue linha que distingue o dolo da culpa (imprudência). É certo que para que se possa argumentar a ocorrência de dolo eventual no âmbito da *civil law* é imperiosa a presença do elemento volitivo do tipo, ainda que na prática tal elemento normalmente esteja ausente nos crimes de mera conduta, enquanto nos crimes de resultado costuma desempenhar um papel meramente retórico, pelo menos nas situações em que se acredita que o indivíduo agiu com certo grau de representatividade quanto às possíveis consequências de seu comportamento⁹¹⁶.

Com efeito, a partir do momento que o MPC inseriu no elemento cognitivo as hipóteses de representação de alta probabilidade, mesmo tangenciando a possibilidade de que a falta de conhecimento seja alheia à vontade do sujeito, a exigência desse déficit volitivo se tornou um tanto rarefeita. Ora, mesmo acolhendo a ampliação do conceito de conhecimento, tal como previsto na seção 2.02.7 do MPC, o raio de ação da cegueira deliberada continua sendo bem

915 Definição de conhecimento contida na seção 2.02.2.b do MPC.

916 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999. p. 157-159; TAYLOR, Greg. Ob. cit., p. 111-112.

mais limitado do que o âmbito de abrangência do dolo eventual típico da *civil law*, eis que neste estão inclusas as situações nas quais o agente anteveja um certo risco ou probabilidade de resultado lesivo e configurador de um tipo objetivo, risco esse que não seja necessariamente elevado.

Sob essa ótica, Ragués i Vallès⁹¹⁷ critica a jurisprudência dominante da Suprema Corte da Espanha que aplica a teoria da cegueira deliberada para amplificar o conceito de dolo, pois, se tal doutrina fosse transposta para o sistema espanhol nos mesmos moldes em que vem sendo aplicada nos tribunais norte-americanos poderiam ficar impunes muitos casos que sempre ensejaram condenação na Espanha, a título de crimes dolosos, sobretudo aqueles afeitos à posse e transporte de estupefacientes, bem como ao branqueamento de vantagens ilícitas.

Aliás, apenas a título exemplificativo, é indubitoso que os casos históricos de cegueira deliberada que são discutidos na doutrina norte-americana teriam sido punidos facilmente, a título de dolo eventual, caso tivessem sido julgados na Espanha. Com efeito, no “Caso Spurr”, em que houve a consciente certificação de um cheque sem prévia apuração da existência de fundos, ou no “Caso Jewell”, em que houve o transporte consciente e voluntário de drogas, ainda que sem prévio exame do compartimento secreto existente no veículo, ambos os agentes efetivamente admitiram a possibilidade de que suas condutas fossem penalmente típicas, mas, ainda assim, executaram a ação. Portanto, assumiram o risco de produzir o resultado lesivo. Destarte, resta clara a inferência de que, ao aplicar a doutrina da cegueira deliberada, os pretórios estadunidenses buscam apenas colmatar uma lacuna de seu sistema penal que se evidencia quando o indivíduo que tem um nível básico de conhecimento sobre as características de seu comportamento, opta por não descobrir mais do que já sabia. Então, é possível questionar inclusive se tais casos efetivamente consistem em estrita de ignorância, pois na grande maioria dos casos o sujeito ativo ostenta um grau de conhecimento suficiente para caracterizar o dolo eventual.

Considerando que o último capítulo deste trabalho será dedicado ao estudo de relevantes casos de aplicação da cegueira deliberada no âmbito da jurisprudência norte-americana, brasileira, alemã e espanhola, naturalmente não seria o caso de tangenciar as críticas formuladas ao instituto por parte da doutrina espanhola, sobretudo porque a Suprema Corte da Espanha passou a adotar a *willful blindness* em alguns de seus julgados ainda no século XX, enquanto Brasil e Alemanha só fizeram o mesmo nos primórdios do século XXI.

917 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 99.

Argumenta-se que, mesmo nos EUA e na Inglaterra, países nos quais nasceu a teoria da cegueira deliberada, ainda no final do século XIX, o alcance dela ainda não é muito claro, especialmente após a edição do MPC, o qual foi admitido pela Suprema Corte norte-americana como uma diretriz interpretativa em matéria de imputação subjetiva. Por consequência, alguns juristas sugerem até mesmo que a doutrina da cegueira deliberada seja descartada naquele país. Nessa linha de pensamento, Ragués i Vallès⁹¹⁸ pondera que se um debate que já supera um século, no âmbito da *common law*, ainda não chegou a bom termo, talvez não seja uma boa ideia transplantar para sistemas jurídicos próprios da *civil law* um “corpo estranho” para integrar as construções doutrinárias sobre o dolo.

Adotando entendimento similar, Juan Ignacio Piña assinala como alguns transplantes jurídicos de um sistema para outro produziram consequências perniciosas, na medida em que podem gerar comparações fora de contexto, além do que “as diferenças no plano dos ‘princípios inspiradores’ entre os distintos sistemas, faz com que instituições perfeitamente operativas em um, convertam-se em ferozes armadilhas disfuncionais em outros”⁹¹⁹. Alega-se igualmente que na imensa maioria dos casos em que as Cortes recorrem à cegueira deliberada, assim o fazem para evitar situações de impunidade, reputadas indesejáveis, entretanto, tais hipóteses já encontram solução jurídica adequada nos sistemas jurídicos da *civil law*, por força do instituto do dolo eventual. Nesse tocante, alguns sustentam a inutilidade da *willful blindness* na medida em que, os acórdãos das Cortes Supremas (do Brasil e da Espanha, especialmente) manejam a doutrina da ignorância deliberada como reforço argumentativo do dolo eventual. Finalmente, assinalam-se certos riscos inerentes ao manejo da cegueira deliberada, especialmente o risco de que os tribunais venham a adaptá-la segundo suas conveniências e, por consequência, terminem por recorrer à *willful blindness* como uma espécie de subterfúgio aos deveres de fundamentação quanto à prova do elemento cognitivo necessário a sustentar a ocorrência do dolo eventual.

Com efeito, em situações de posse ou transporte de estupefacientes, nem sempre é fácil carrear provas aptas a demonstrar de maneira indubitosa que o indivíduo efetivamente conhecia ou representava a possibilidade de que estava transportando drogas, e não só isso, mas igualmente que tinha ciência da quantidade transportada ou detida. Imaginar que tais casos sejam resolvidos mediante condenação, a título de dolo, sem a necessidade de assinalar os indícios do conhecimento do agente sob a invocação de que o mesmo operou em cegueira

918 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 100.

919 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “common law”*. Granada: Comares, 2002. p. 5.

deliberada não é possível sem que ocorra manipulação do sentido da expressão “cegueira deliberada”, aplicada contemporaneamente nos casos em que um sujeito conta com uma significativa base de conhecimentos sobre os elementos de seu comportamento. Ademais, há um risco óbvio de que sejam condenadas como dolosas as condutas de agentes tão somente porque dispunham de meios para conhecer, mas sem qualquer produção probatória sobre um estado anímico de tão complexa determinação, tal como o desejo de se manter em um estado de desconhecimento.

Em arremate às críticas assinaladas linhas atrás, Ragués i Vallès⁹²⁰ sugere que seria muito oportuno que a Segunda Câmara do Tribunal Supremo da Espanha viesse a reconsiderar seu entendimento quanto à aplicação da *willful blindness* nos últimos anos, isto para o fim de eliminar de seus acórdãos a ideia de que tal instituto seja um substituto automático do conhecimento, e assim conseguir emprestar arrimo a condenações por crime doloso, desde que o órgão julgador fracionário não escolha reformular sua definição de dolo e sua concepção geral sobre o tipo subjetivo. O jurista aduz ainda que, por enquanto, os prejuízos causados por tal equiparação são mínimos na medida em que, na quase totalidade dos casos nos quais se aplicou, teriam ensejado uma condenação por crime doloso mediante a aplicação da doutrina tradicional do dolo eventual e à caracterização da prova indiciária. Admite, todavia, que não se pode descartar que no futuro, à proporção que a doutrina da cegueira deliberada vem sendo incorporada à jurisprudência de outros pretórios, tal como já vem acontecendo, isto conduza igualmente a punir como dolosos casos em que sequer estejam presentes os requisitos para aplicação do dolo eventual. Finaliza o jurista de Barcelona advertindo que a posição da Segunda Câmara do Supremo Tribunal espanhol permanecerá encerrando uma contradição, pelo menos enquanto não se renunciar à definição de dolo como junção de conhecimento e vontade.

Frise-se que as críticas de Ragués i Vallès recebem a adesão de outros juristas, tais como Blanco Cordero⁹²¹ e Pierpaolo Bottini⁹²², os quais aludem a uma tentativa de equiparação entre a cegueira deliberada e o dolo eventual, não apenas por Cortes espanholas, mas também por tribunais brasileiros. Guilherme Lucchesi⁹²³ reforça as críticas ao ponderar que “apesar de alguma utilidade para a solução dos casos envolvendo cegueira deliberada no Brasil, nenhuma das definições apresentadas é integralmente satisfatória, principalmente pelo fato de não

920 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 102.

921 CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 701.

922 BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 144.

923 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 58.

solucionarem a suposta relação existente entre cegueira deliberada e dolo eventual. Sem esgotar a questão, não correspondem aos contornos da cegueira deliberada em seu sistema jurídico de origem. Nesse sentido, Lucchesi assevera ser absurda a adoção indiscriminada de um conceito quando a sua aplicação ao direito nacional depende de ajustes, acréscimos e mutilações forçadas, transformando a cegueira deliberada em verdadeiro ‘leito de Procusto’, o que desvirtua completamente o objetivo e o modo de se empregar o direito comparado”.

Em busca de sedimentar sua objeção ao emprego da cegueira deliberada por tribunais brasileiros, Lucchesi⁹²⁴ argumenta que, ao comparar os principais sistemas jurídicos da *common law*, se observa que a realidade jurídica daquela tradição difere acentuadamente da realidade do sistema jurídico brasileiro, pois trabalham com categorias de imputação absolutamente distintas e matrizes jurídico-filosóficas igualmente diversas, de modo que mesmo que seja possível fundamentar a *mens rea* em alguma noção romana primitiva, esta não se confunde ou se equipara às categorias jurídicas do dolo e da culpa.

Postando-se em sentido diametralmente oposto, Sérgio Moro⁹²⁵, Fausto De Sanctis⁹²⁶, Spencer Sydow⁹²⁷, Orsini Martinelli⁹²⁸, Rodrigo Prado⁹²⁹, Francis Beck⁹³⁰, Renato Silveira⁹³¹, dentre outros, reconhecem e declaram uma situação de aparente equivalência entre ignorância deliberada e dolo eventual.

Tal entendimento é reforçado com denodo por Carlos Edinger, o qual relembra que o dolo “é conceito normativo, preenchido e reconstruído por meio de fatos interpretados: seus indicadores. Nesse sentido, a interpretação a partir da gramática do conhecimento e da vontade não conduz, necessariamente, a uma visão psicológica”⁹³². Na mesma linha de pensamento, Vives Antón⁹³³ adverte que dolo não descreve nada por si só, senão atribui,

924 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Ob. cit., p. 123-124.

925 MORO, Sérgio Fernando. Ob. cit., p. 63

926 DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Campinas: Millenium, 2008. p. 78.

927 SYDOW, Spencer Toht. A teoria da cegueira deliberada. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 204.

928 MARTINELLI, João Paulo Orsini. Lições Fundamentais de Direito Penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 514.

929 PRADO, Rodrigo Leite. Ob. cit., p. 237-241.

930 BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in) aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (org.). Lavagem de Dinheiro. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 134-135.

931 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminal. v. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 255-280. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002788420>. Acesso em: 18.01.2023.

932 EDINGER, Carlos. A cegueira deliberada como indicador do dolo eventual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 150-151.

933 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 657.

qualifica, determinadas características do ato, da circunstância, do fato. Tal percepção é reforçada por Díaz Pita, para quem o dolo não existe como uma cadeira ou um livro, mas como qualidade não-mensurável atribuída⁹³⁴.

Eis, portanto, a razão pela qual Edinger⁹³⁵ assevera que a cegueira deliberada, além de ser característica atribuída a partir dos fatos narrados, não foge do juízo fático a respeito das decisões individuais de não buscar incrementar o conhecimento, e tal postura omissiva pode e deve ser detectada e valorada pelo julgador, a partir de critérios objetivos. Por consequência, ao decidir que levará a efeito uma conduta em estado de ignorância deliberada, mesmo diante do perigo de violação a um bem jurídico, o sujeito efetivamente assume um risco, e esse risco é potencializado precisamente pela decisão de não conhecer as informações que estejam disponíveis.

De fato, na ignorância deliberada o sujeito decide “fechar os olhos” às evidências fáticas, desafia o senso comum, e por isso mesmo prossegue na conduta por sua conta e risco, ou seja, se mostra indiferente aos resultados potencialmente lesivos de seu agir. Precisamente por tais circunstâncias, tal estado anímico não nos parece refratário aos contornos do dolo eventual. E corroborando tal pensamento, após assinalar que a Espanha, como o país de tradição romano-germânica em que mais frutificou a doutrina da *willful blindness*, Renato Silveira apregoa que todo caso de dolo eventual se encaixa dentro do conceito de cegueira deliberada, mas a recíproca não é verdadeira, de modo que há casos de cegueira deliberada que escapam ao conceito de dolo, razão por que tal construção doutrinária se mostra inaplicável, mas somente quando ausente a tipificação penal na modalidade culposa⁹³⁶.

Finalmente, e mesmo que se tangencie uma conclusão sólida sobre o acerto ou desacerto da orientação jurisprudencial predominante, seja no âmbito das Cortes espanholas, seja nas Cortes do Brasil, há um problema que persiste e que transcende ao fato de que as condutas ocorram em países cujos sistemas jurídicos sejam da *common law* ou da *civil law*. Tal problema diz respeito à dúvida se todo aquele que atua em situação de ignorância deliberada merece a mesma pena daquele que atua com conhecimento efetivo.

934 DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

935 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 152-153.

936 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. In: Boletim IBCCrim. v. 246. São Paulo: IBCCrim, 2013. p. 4.

3.3.2 Compatibilidade com o direito continental

Segundo certa parcela da doutrina, a grande maioria de casos resolvidos no sistema anglo-americano a partir da aplicação da doutrina da cegueira deliberada poderia ser solucionada nos sistemas romano-germânicos por meio do instituto do dolo eventual, e por força disso não seria razoável transplantar aquela doutrina para Espanha, Brasil, ou mesmo para Alemanha. Ora, o argumento parece ser contraditório precisamente porque tal segmento doutrinário rejeita a equivalência entre cegueira deliberada e dolo eventual. Por outro lado, conforme consignado linhas atrás, nem todo caso de dolo eventual se encaixa dentro do conceito de cegueira deliberada, mas a recíproca não é verdadeira. Destarte, se mostra muito mais oportuno analisar os limites conceituais da *willful blindness* do que tratar de resolver um problema que só surgiria se os sistemas jurídico-penais continentais houvessem erigido suas modalidades de imputação subjetiva de forma diversa. Com efeito, relembre-se que a grande maioria dos casos apreciados à luz do conceito de ignorância deliberada no sistema penal norte-americano são situações nas quais o agente rejeitou todo o conhecimento sobre os fatos, embora tenha se recusado a saber mais do que já conhecia superficialmente. Aqui reside o argumento invocado pela Segunda Sala do Tribunal Supremo da Espanha, sob a relatoria do Juiz Bacigalupo Zapater, em acórdão prolatado em 20 de julho de 2006⁹³⁷.

No caso concreto, o Tribunal Central da Instrução nº 3 emitiu a súmula nº 9/01 em desfavor dos réus Laura, Donato, Jesús, Simón, Jesús Carlos, Antonio, Iván, Sebastián, Emília, Juan Francisco, Sonia, Domingo, Joaquín, Valentín e Juan Manuel e encaminhou os autos Juízo Nacional, o qual proferiu sentença condenatória em 04 de abril de 2005, ante as provas de que: a) os arguidos Valentín e Sonia vinham se dedicando, desde o início de 1999 até a data em que foram presos, a branquear vantagens ilícitas oriundas do tráfico de drogas, e assim o faziam através da conversão em dólares americanos e outras moedas; b) tais arguidos contaram com a participação de Sebastián (filho de Valentín), Emília, Juan Manuel e Laura (esposa do primeiro), e estes, mesmo sabendo da origem ilícita do dinheiro que trocavam, se ofereceram para realizar as alterações mencionadas; c) as conversões de moeda foram realizadas sobretudo em agências do Banco Bilbao Vizcaya situadas no aeroporto de Barajas, sucursais da Caja de Ahorros e de Monte de Piedad, em Madri, bem como em várias casas de câmbio; d) os réus tomaram todos os tipos de precauções, trocando de função, para não levantarem suspeitas; e) em 30 de agosto de 2000, os arguidos Juan Manuel e Laura foram à

937 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS 797/2006, 20 de julho de 2006. Disponível em: <https://vlex.es/vid/trafico-drogas-agravante-organizacion-25669799>. Acesso em: 19.01.2023.

agência do BBVA no aeroporto de Barajas, onde trocaram pesetas por dólares, após o que se dirigiram a Leganés, onde contataram Sebastián, mas no dia seguinte, 31 de agosto de 2000, foram Valentín e Sonia que se dirigiram ao mesmo escritório do BBVA para fazer uma nova compra de dólares, ao passo que na manhã de 01 de setembro de 2000, Valentín e Sonia retornaram à mesma agência do BBVA e realizaram uma nova operação de venda de dólares; f) na tarde de 01 de setembro de 2000, Valentín, Sonia, Juan Manuel e Laura repetiram o mesmo *modus operandi*; g) em 4 de setembro de 2000, Valentín voltou à agência do BBVA no aeroporto de Barajas para realizar uma nova aquisição de dólares, e no dia seguinte Juan Manuel se encarregou de realizar uma nova operação; h) na manhã de 15 de setembro de 2000, Valentín e Sonia saíram de sua casa e seguiram separadamente em veículos diferentes ao aeroporto, onde depositaram uma quantia não especificada de pesetas, retornando à tarde para coletar os dólares quando o BBVA tivesse em seu poder a quantia de dólares americanos solicitada na operação, mas no dia 04 de setembro de 2000 as operações de câmbio haviam sido realizadas por Valentín, além da agência do BBVA, na agência de câmbio American Express no aeroporto; i) Valentín, Sonia e os demais arguidos trocaram em dólares as quantias que recebiam entre outros clientes, de Domingo, cidadão colombiano sem antecedentes criminais, e que foi à Espanha para organizar um grupo de pessoas aptas a realizar várias operações de tráfico de drogas e realizar seu posterior branqueamento, de modo que os dólares já trocados seguissem de volta a seus verdadeiros donos; j) nesse cenário, Valentín participou de uma operação de narcotráfico, juntamente com Domingo, da qual também participaram Iván, Jesús Carlos, Juan Francisco e Luis Manuel, todos detentores de antecedentes criminais limpos, e para realizar esta operação de narcotráfico, Valentín, Domingo e Juan Francisco, desde o final de março de 2001, cuidaram de adquirir alguns veículos para adaptá-los, fazendo “fundos duplos”, a fim de transportar a substância entorpecente. Inconformados diante da condenação, os réus recorreram, e dentre os diversos argumentos sustentados, um dos recorrentes afirmou que apenas se relacionou com pessoas que participaram da lavagem de dinheiro, mas que “não foi comprovada a existência de quaisquer outros dados objetivos que sequer sustentem o conhecimento do recorrente sobre a existência da droga”.

Além de suscitar eventuais vícios processuais, a defesa técnica de um dos condenados alegou, quanto ao mérito, a ausência de conhecimento sobre a existência da droga. Entretanto, a Corte entendeu que a prova de domínio do fato pressupunha de forma indubitosa a intenção do autor e, portanto, a caracterização do conhecimento dos elementos do tipo, mas não exigia que o recorrente houvesse fornecido as orientações para construção dos fundos falsos nos

veículos utilizados no transporte da droga, tampouco que o recorrente se encontrasse nas imediações do local onde ocorreu a prisão. A Corte salientou ainda que sem a incumbência do recorrente em preparar os veículos, ninguém teria realizado tal modificação da carroceria original, razão por que não merecia prosperar o argumento de que sua falta de instrução aos trabalhadores evidenciava seu desconhecimento sobre a existência da droga, eis que tal conhecimento era deduzido de sua posição em toda a estrutura dos fatos. Conclusivamente, destacou o acórdão que “se há intenção de ignorar, é porque, na realidade, se sabe o que se ignora”. Por outras palavras, estava presente pelo menos o conhecimento intuitivo.

Embora a premissa lógica adotada pela Segunda Sala do Tribunal Supremo espanhol seja correta, em algumas circunstâncias pode ser cabível perquirir sobre o tratamento jurídico da *willful blindness* para solucionar eventuais problemas que não encontram uma solução clara na teoria do tipo subjetivo, tal como vigente em sistemas de inspiração romano-germânica. Assim, embora o escopo da ignorância deliberada em nenhum caso seja tão amplo quanto no plano da *common law*, o estudo dessa doutrina e seus fundamentos se revela útil nos referidos sistemas como ferramenta teórica para lidar com pressupostos fáticos.

a) Exigência do conhecimento efetivo?

Considerando o precedente jurisprudencial acima aludido, uma das hipóteses em que justifica indagar sobre o tratamento que a ignorância deliberada merece no direito espanhol surge em relação aos crimes específicos que exigem literalmente que o sujeito ativo tenha agido com conhecimento certo e atual dos elementos que compõem o tipo objetivo⁹³⁸. Em tal hipótese enquadram-se, exemplificativamente: a) o tipo penal de que trata o art. 217 do CP espanhol⁹³⁹, que pune quem contrair um segundo casamento ou posterior, sabendo que o anterior subsiste legalmente; b) os crimes previstos nos arts. 273, 274 e 275⁹⁴⁰ do CP espanhol, que exigem para determinados crimes contra a propriedade intelectual que o sujeito ativo tenha conhecimento do registro e proteção legal dos direitos autorais por ele violados; c) os crimes de prevaricação, que para sua configuração exigem que juízes tenham

938 SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. Ob. cit., p. 341 e ss.

939 CP espanhol. Artículo 217. *El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

940 CP espanhol. Artículo 275. *Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección.*

conhecimento de circunstâncias fáticas que tornam injusta ou arbitrária sua decisão em relação ao jurisdicionado (art. 446 do CP espanhol)⁹⁴¹.

De fato, existem notórias divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o alcance de tais elementos normativos do tipo, vale dizer, se tais dispositivos legais excluem ou não a possibilidade de aplicação do dolo eventual. Argumenta-se para tanto que, entre outros motivos, a presença ou ausência de tais elementos não seria decorrente de razões de política criminal, mas por coincidências históricas ou legislativas. Além disso, a depender de sua interpretação, tais elementos podem ensejar evidentes lacunas de punibilidade, na medida em que, embora não existam grandes diferenças valorativas entre determinados tipos penais, o conhecimento efetivo é exigido para alguns deles, mas não para outros. Em casos tais como esse, tanto Gómez Benítez quanto Ragués i Vallès externam sua crítica assinalando que todas essas expressões devem ser interpretadas como “atuação dolosa”, e por isso mesmo já contemplariam a hipótese de dolo eventual⁹⁴². Por outro lado, partindo da premissa segundo a qual os crimes que ostentam tal elemento normativo exigem conhecimento seguro e não somente conhecimento potencial sobre os elementos objetivos do tipo, é possível conceber a ocorrência de casos que não resultem em solução simples.

Para densificar o raciocínio, Ragués i Vallès⁹⁴³ sugere a hipótese em que o juiz, suspeitando que um de seus colegas de turma julgadora, que seja relator de um recurso, possa estar prevaricando, e por isso decide não participar do julgamento, mas consigna sua assinatura no acórdão, mesmo sem tê-lo lido. Admitindo-se que a condenação por crime de prevaricação exige que o juiz atue com conhecimento certo e atual sobre a injustiça do julgamento que dita, a conduta do magistrado que se absteve ficaria impune, caso negada a incidência da teoria da cegueira deliberada, pois na hipótese o magistrado poderia e deveria ter lido o voto do relator antes de acompanhá-lo, contudo, preferiu não confirmar aquilo que já suspeitava. A hipótese concebida justifica algumas reflexões se, no plano do ordenamento espanhol, a conduta do magistrado que suspeitava será penalmente atípica, porque não detinha

941 CP espanhol. Artículo 446. *El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1º. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a veinte años. 2º. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a 10 años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. 3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.*

942 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1984. p. 208; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 184.

943 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 106.

ele o conhecimento seguro, ou se deveria ser apenado por força da incidência da *willful blindness*, quando seu comportamento foi apenas negligente?

Adotar a segunda opção pode ensejar problemas de legalidade, caso se faça uma interpretação literal do texto da lei, mas a escolha da primeira opção seguramente consistirá em tratamento benigno e leniente a um agente público que, inclusive por ser detentor de conhecimentos especiais, tinha o dever de atuar com zelo e cuidado. Em paralelo, reputar penalmente atípica a conduta do juiz que propositalmente cerrou vistos à suspeita de corrupção do colega, transmitirá aos destinatários da norma a inusitada mensagem de que a recusa em confirmar suspeitas é uma estratégia interessante e benéfica, e que deve ser o caminho seguro nas situações de dúvida.

Tal postura omissiva não apenas nos parece se adequar perfeitamente ao conceito de crime comissivo por omissão, como ainda nos remete à célebre frase de Elias Wiesel⁹⁴⁴: “Tome partido. Neutralidade ajuda o opressor, nunca a vítima. Silêncio encoraja o torturador, nunca o torturado”⁹⁴⁵. Problema semelhante ao que foi acima proposto aparece, em regra, nos delitos que exigem que o sujeito atue com conhecimento de certos elementos típicos, tal como nos crimes contra a propriedade intelectual, mas nestes casos a jurisprudência parece mais inclinada a admitir a relevância do dolo eventual do que nos casos de atuação com conhecimento⁹⁴⁶.

b) Dolo eventual e pena atenuada?

Outra questão que impõe reflexão é aquela pertinente ao alcance da eventual punição imposta ao agente que opera em cegueira deliberada, pois se dolo é conhecimento e vontade, e se o agente em situação de ignorância deliberada ostenta vontade em plenitude, mas um conhecimento limitado, pode-se cogitar que sua pena deva ser inferior àquela aplicada àquele que age como dolo direto. Possivelmente inspirada nas ideias de Schroeder⁹⁴⁷, que remontam

⁹⁴⁴ Elias Wiesel (1928-2016), escritor judeu e sobrevivente dos campos de concentração nazistas, foi agraciado com o prêmio Nobel da Paz em 1986, pelo conjunto de sua obra, composta por 57 (cinquenta e sete) livros, a qual foi dedicada a resgatar a memória do Holocausto e a defender outros grupos vítimas das perseguições. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/elie-wiesel>. Acesso em 19.01.2023.

⁹⁴⁵ Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjE4MjMyNA/>. Acesso em 19.01.2023.

⁹⁴⁶ É possível observar o confronto de entendimentos entre a SAP-Barcelona, de 27 de mayo de 2004 (disponível em: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-penal-n-716-2004-ap-barcelona-sec-2-rec-648-2004-27-05-2004-1074861>) e SAP-Córdoba, de 19 de diciembre de 2003 (disponível em: <https://vlex.es/vid/-52325749>). Acesso em: 18.01.2023.

⁹⁴⁷ SCHRÖDER, Horst. *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*. In: WEGNER, Arthur (Hrsg.). *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag* am 24 Juni 1949. Berlin: Walter de Gruyter, 1949, p. 234, apud MARTELETO FILHO, Wagner. O problema do desconhecimento do dolo: os dois planos de normatização do

aos anos 40 do século XX, e que defendiam alterações legais para conceber um sistema de atenuações de pena para atos criminosos cometidos com dolo eventual, certo segmento da doutrina se posiciona nesse sentido. Com efeito, Luzón Peña⁹⁴⁸ sustenta que a ocorrência de dolo eventual deve ser tomada em conta pelo juiz no momento de especificar a sentença, e para tanto sugere uma mitigação por meio de aplicação analógica da circunstância atenuante prevista no art. 21, nº 6, do CP espanhol⁹⁴⁹. Na mesma linha, Martínez-Bujan Perez⁹⁵⁰ apregoa que a modalidade de intenção deve ser apreciada quando da fixação da pena no quadro previsto em lei. Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch⁹⁵¹, por seu turno, sugere uma alteração da lei penal que explicita hipótese de atenuação para os casos em que há um salto entre a punição da modalidade dolosa para a modalidade culposa do mesmo crime. E a exemplo dos demais expoentes do direito penal espanhol, Ragués I Vallès⁹⁵² e Feijóo Sanchez⁹⁵³ também se inclinam em prol de que seja dispensado aos casos de dolo eventual um tratamento mais benigno em comparação com os casos de dolo direto de primeiro e segundo grau.

Sucede que apesar da adesão de numerosos juristas espanhóis à ideia de construir uma teoria capaz de harmonizar as três modalidades clássicas de dolo com uma adequada determinação da pena, o Tribunal Supremo da Espanha tem assinalado em alguns acórdãos que o dolo eventual não merece um tratamento atenuado em relação a outras formas de dolo⁹⁵⁴. Contudo, mesmo diante dos precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema, Ragués i Vallès reforça sua crítica ao aludir que “pressupondo identidade nas circunstâncias objetivas, é

elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais. Tese doutoral. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019. p. 180. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf. Acesso em: 20.01.2023.

948 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Dolo y dolo eventual: reflexiones*. In: NIETO MARTIN, Adán (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. v. 1. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Salamanca, 2001. p. 1127.

949 CP espanhol. *Artículo 21. Son circunstancias atenuantes: (...) 6ª. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*

950 MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 374.

951 SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. *Dolo e imprudencia em el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 219.

952 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999. p. 50.

953 FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo. *La distinción entre dolo e imprudencia em los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*. Cuadernos de Política Criminal. n. 65. Madrid: Dykinson, 1998. p. 313.

954 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS 3271/1999, de 12 de maio de 1999, rel. Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp#>. Acesso em: 20.01.2023. Todavia, em outros acórdãos o Supremo Tribunal espanhol decidiu esporadicamente pela conveniência de criar um terceiro tipo de imputação. Por exemplo, na STS de 24 de outubro de 1989 (relator Garcia Ancos) e na STS de 25 de outubro de 1991 (relator Montero Fernández-Cid) afirmou-se ser conveniente que no futuro a figura do dolo eventual fosse situada como estado anímico intermediário entre dolo direto e culpa consciente.

difícil entender que casos muito próximos à culpa mereçam a mesma pena que os casos de realização plenamente intencional do tipo”⁹⁵⁵.

O jurista de Barcelona aduz ainda que, em paralelo à lacuna legal quanto à proporcionalidade das punições nos casos de dolo eventual, há uma falta de coerência do legislador na fixação das penas cominadas aos tipos penais dolosos e culposos do mesmo crime, pois em determinados casos se observam significativas diferenças de penas. Por exemplo, entre os respetivos enquadramentos penais de homicídio doloso (CP espanhol, art. 138)⁹⁵⁶ e de homicídio culposo (CP espanhol, art. 142)⁹⁵⁷, existe uma diferença de seis anos de prisão, entre o máximo da pena da modalidade culposa e o mínimo penal da modalidade dolosa, ao passo que nos delitos contra os recursos naturais e o meio ambiente isto já não se observa, pois em sua modalidade dolosa a pena varia de dois a cinco anos de prisão, mas para a modalidade culposa, dispõe o art. 331 do mesmo diploma que os casos serão punidos com a pena em grau inferior, quando tiverem sido cometidos por negligência grave⁹⁵⁸. E conclui destacando que essa disparidade de critérios dificulta notavelmente a construção de qualquer teoria que alcance resultados convincentes, pelo menos nos moldes do código penal em vigor.

Por derivação lógica, caso se admita a necessidade de atenuação da pena nos casos de dolo eventual, se mostra igualmente sensato que nas hipóteses em que o estado anímico do agente não restou caracterizado como dolo direto porque o mesmo se negou a confirmar suas próprias suspeitas e se manteve em cognição inferior àquela que lhe era disponível, possa o agente suportar uma pena mais branda.

Admita-se, por hipótese, que alguém ofereça vantagem financeira a dois indivíduos para que transportem consigo uma mala, e que isso desperte suspeitas em ambos. Um deles abre a mala, constata que a mesma contém droga, mas, ainda assim, decide transportá-la. Terá agido com indiscutível dolo direto. O segundo indivíduo, entretanto, opta por permanecer em estado de dúvida, ainda que em sua mente nutra a suspeita de que possa existir droga ou outro conteúdo ilícito dentro da mala que permanece lacrada. Ao assim proceder, mesmo que não tenha um propósito criminoso deliberado, o segundo indivíduo assumirá voluntariamente o risco de que sua conduta se enquadre no tipo penal do tráfico (de drogas ou de armas).

955 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 108-109.

956 CP espanhol. Artículo 138. *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

957 CP espanhol. Artículo 142. nº 1. *El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.*

958 SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. Ob. cit., p. 203 e ss.

Nessa ordem de ideias, parece claro que o primeiro indivíduo operou com maior nível de culpabilidade, e ainda que sejam idênticas as demais circunstâncias das duas condutas criminosas, por certo que o agente que se postou com dolo direto merecerá reprimenda mais gravosa.

c) Cegueira deliberada *stricto sensu*

É ainda oportuno examinar um terceiro grupo de casos, nos quais a *willful blindness* se apresenta em seu estado mais puro. São hipóteses menos frequentes, rotuladas pela doutrina como ignorância deliberada *stricto sensu*, e nas quais o agente efetivamente consegue se afastar voluntariamente do mais elementar conhecimento necessário para consolidar o estado anímico típico do dolo eventual. Em tais hipóteses, ainda que a conduta corresponda perfeitamente ao tipo objetivo do crime, o indivíduo consegue impunidade, ou, pelo menos, a sanção própria do tipo meramente culposos (imprudente).

Com vistas a um mais exato entendimento desta estirpe de ignorância deliberada, serão invocadas cinco situações propostas por Ragués i Vallès: a) “o administrador ignorante”, b) “além dos detalhes”, c) “o prefeito assinador”, d) “proibido abrir a porta”, e) “a responsabilidade de Albert Speer”⁹⁵⁹.

A primeira hipótese é uma variante de caso apreciado pelo Tribunal Supremo da Espanha, através da STS nº 7475/2006, de 10 de novembro de 2006⁹⁶⁰, sob a relatoria de Andres Martinez Arrieta⁹⁶¹. Segundo o respectivo acórdão, o arguido Fernando enfrentava gravosas dificuldades econômicas quando veio a encontrar um velho conhecido num bar, onde recebeu a proposta de, em troca de seiscentos euros, se tornar único administrador de uma empresa, e nessa condição assinar escrituras de compra e venda perante um notariado.

O arguido Fernando naturalmente suspeitou que a empresa provavelmente seria utilizada em atividades ilícitas, ainda que ignorasse que delitos seriam esses, e inobstante suas suspeitas, aceitou a proposta, mas não pediu maiores informações ao “velho amigo

959 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 110-115.

960 ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24d95a709289d15672962ab87430caf3bd>. Acesso em: 20.01.2023.

961 Variante de fato alegado no caso apreciado pelo Tribunal Supremo da Espanha (ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7475/2006, de 10 de novembro de 2006, rel. Andrés Martínez Arrieta). Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24d95a709289d15672962ab87430caf3bd>. Acesso em: 20.01.2023.

proponente”, tampouco ao notário público, e ao assinar as escrituras de alienação dos imóveis findou contribuindo para a quebra da empresa.

É certo que o crime de insolvência exige prova de que o arguido tinha conhecimento de que estava a contribuir para a insolvência de determinada sociedade comercial, no momento em que assinou as escrituras. A mera suspeita não é suficiente para preencher o tipo normativo. Nesse cenário, segundo a doutrina majoritária, Fernando não teria agido dolosamente, e sua conduta deveria ser considerada penalmente atípica, especialmente porque inexistente a modalidade culposa nesse tipo penal.

No segundo exemplo, indicado sob o rótulo de “além dos detalhes”⁹⁶², tem-se uma situação hipotética em que o diretor-geral de uma empresa multinacional comunica a todos os seus subordinados diretos que, doravante, só deveriam encaminhar-lhe informes sobre a consecução dos grandes objetivos da empresa, mas que nada desejava saber sobre os meios empregados para tanto, e em busca de se blindar de “conhecimentos indesejados”, estabelece em torno de si ocupantes de cargos intermediários que teriam a tarefa de filtrar as informações segundo os parâmetros estipulados pelo diretor-geral, vale dizer, seriam encarregados de qualquer notícia sobre eventuais práticas ilícitas adotadas por funcionários da empresa, tais como corromper servidores públicos para vencer procedimentos licitatórios.

Nesse cenário, após alguns anos adotando esse *modus operandi*, funcionários da multinacional subornam agentes públicos e conseguem licenças que importam em benefícios financeiros à empresa. Naturalmente que o indigitado diretor-geral suspeita que seus subordinados adotem tais práticas ilícitas, mas não apenas opta por nada indagar acerca disso, como também explicitou seu propósito de nada saber.

Para a doutrina tradicional, também nesse caso seria incabível imputar responsabilidade penal ao multicitado diretor-geral da empresa, eis que ele jamais teve conhecimento sobre os subornos praticados por seus funcionários para favorecer a empresa. Sucede que a possibilidade de desenhar estruturas empresariais ou administrativas que sirvam como filtros de informações incriminatórias é algo perfeitamente possível, conforme se observa no caso relativo ao homicídio de Alexander Litvinenko, ex-espião russo que foi envenenado com material radioativo em Londres, em novembro de 2006. No caso concreto os supostos autores

962 LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. In: *The Georgetown Law Journal*. n. 87. Arlington: GLJ, 1999. p. 963. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751/>. Acesso em 20.01.2023.

do crime eram colegas da vítima e alegaram ter agido por conta própria, sem nada informar aos superiores, para que nenhum agente político de relevo viesse a ser incriminado⁹⁶³.

Conforme o terceiro exemplo hipotético, apresentado sob o rótulo de “prefeito assinador”, concebe-se que em certo município de um país qualquer, a competência para punir infrações de trânsito seja própria do alcaide, e por isso mesmo ele assinasse, rotineira e semanalmente, sem leitura prévia, todas as decisões de imposição de multas que fossem preparadas por seus subordinados, sem se importar com os detalhes de cada caso. Contudo, em dado momento o prefeito assina uma resolução que impõe multa a um cidadão que, mesmo sem ter cometido qualquer infração de trânsito, fora escolhido como vítima por um funcionário galhofeiro. A hipótese nos remete, em princípio, ao tipo objetivo descrito no art. 404 do CP espanhol⁹⁶⁴, entretanto, se aplicado o conceito dogmático de dolo, a conduta restaria impune, eis que o alcaide não tinha o conhecimento certo de que estava emitindo uma decisão administrativa arbitrária. Em paralelo, será difícil responsabilizar penalmente o funcionário galhofeiro, posto que o mesmo não ostentava competência legal para assinar a resolução que impôs a multa ao cidadão inocente.

Na quarta situação hipotética, rotulada como “proibido abrir a porta”⁹⁶⁵, tem-se um sujeito que fornece rígidas recomendações a seus empregados domésticos para que jamais recebam qualquer espécie de notificação oficial, e os fiéis funcionários cumprem à risca a dita recomendação, inclusive para não correrem o risco de serem demitidos. Tempos depois um funcionário dos correios se dirige àquela residência para entregar um documento oficial, mas um dos empregados da casa se nega a abrir a porta, sem saber que o documento a ser entregue era uma notificação oficial de que o patrão fora nomeado para presidir uma mesa eleitoral. Por isso mesmo, no dia do pleito o severo patrão queda ausente à respectiva mesa eleitoral, e tal ausência pode suscitar possível cometimento do delito de que trata o art. 143 da Lei

963 BBC. Morte de ex-espão passa a ser tratada como assassinato. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/12/061206_espiaorussodt. Acesso em: 20.01.2023; LA VANGUARDIA. *Rusia, declarada responsable del asesinato de Litvinenko*. Disponível em: 20.01.2023. Acesso em: 20.01.2023; DW MADE FOR MINDS. O caso Litvinenko. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/especial-o-caso-litvinenko/a-2266492>. Acesso em: 20.01.2023; EL PAÍS. Juiz britânico vê ligação entre Vladimir Putin e a morte do espão Litvinenko. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/21/internacional/1453368142_542849.html. Acesso em: 20.01.2023.

964 CP espanhol. *Artículo 404. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 10 años.*

965 Variante do caso tratado na Audiência Provincial Penal de Madri, de 6 de setembro de 2005, sob a relatoria do Juiz Rafael Mozo Muelas (ESPANHA. Audiência Provincial de Madrid. Sala de lo Penal. AAP M 7306/2005. Disponível em: Roj: AAP M 7306/2005 – ECLI:ES:APM:2005:7306A. Acesso em: 23.01.2023).

Orgânica nº 5/1985, do Regime Geral Eleitoral⁹⁶⁶. Em tese, segundo o conceito tradicional de dolo, a conduta do patrão que negligenciou seus deveres eleitorais seria penalmente atípica, pois não tinha o conhecimento efetivo sobre a notificação que lhe foi dirigida.

A quinta e última hipótese, intitulada “a responsabilidade de Albert Speer”⁹⁶⁷, invoca fatos históricos, eis que a personalidade assinalada no exemplo foi um arquiteto, o qual era alto funcionário do regime nacional-socialista durante o Terceiro Reich, tendo exercido o cargo de Ministro dos Armamentos durante a Segunda Guerra Mundial⁹⁶⁸. Vale salientar que, durante os julgamentos de Nuremberg, Speer foi o único dentre as lideranças nazistas que revelou algum arrependimento, e talvez por isso tenha sido apenado com apenas vinte anos de prisão⁹⁶⁹. Sucede que, a despeito de ter se declarado arrependido, Speer sempre negou saber dos campos de extermínio, mas admitiu que teve a oportunidade de perguntar sobre eles, e optou por silenciar, seguindo recomendação de um amigo, em 1944, no sentido de jamais aceitar convite para visitar um campo de concentração na Alta Silésia, onde se localizava Auschwitz. Demais disso, Speer acrescentou que nunca quis perguntar a quem quer que fosse, especialmente Hitler ou Himmler, o que estava acontecendo naquela região, entretanto, apesar de sua omissão, sempre se sentiu pessoalmente responsável pelos extermínios naquele campo.

O ponto comum observado em todos os exemplos supra é que todas as condutas preenchem tipos penais objetivos, ainda que no momento da conduta (comissiva ou omissiva),

966 *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Artículo 143. Delitos por abandono o incumplimiento en las Mesas electorales. El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.* Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672>. Acesso em: 20.01.2023.

967 LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. In: *The Georgetown Law Journal*. n. 87. Arlington: GLJ, 1999. p. 965-967. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751/>. Acesso em 20.01.2023.

968 Berthold Konrad Hermann Albert Speer (1905-1981), arquiteto-chefe e Ministro do Armamento da Alemanha nazista, era conhecido como “o bom nazista”, mas tal retrato se revelou falso, pois ele assumiu todas as responsabilidades por atos que teria cometido durante o regime nazista, quando foi julgado em Nuremberg. Speer ingressou no partido nacional socialista em 1931. Por seu grande talento na arquitetura, rapidamente se tornou uma das pessoas mais próximas de Hitler, e por este foi designado para a construção de diversas obras, incluindo a Chancelaria do Reich. Speer também fez planos para a reconstrução de Berlim, com grandes edifícios, amplas alamedas e renovação do sistema de transporte. Como Ministro do Armamento, foi responsável pela grande produtividade da Alemanha neste setor nos anos finais da WWII. Em 1946, foi condenado em Nuremberg e sentenciado a cumprir vinte anos de prisão por sua participação no regime nazista, principalmente pelo uso de trabalho escravo nos campos de concentração. Sua pena foi cumprida majoritariamente na prisão de Spandau, em Berlim Ocidental. Em 1966, após reconquistar a liberdade, Speer publicou dois livros autobiográficos, intitulados “Por Dentro do III Reich” e “Spandau, o diário secreto”, tendo detalhado seu relacionamento com Hitler e fornecendo histórias desconhecidas sobre o Terceiro Reich. Escreveu ainda um terceiro livro, intitulado “Infiltration”, e veio a falecer em 1981, vítima de causas naturais. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/albert-speer-e-o-fim-do-mito-do-bom-nazista/a-52846207>. Acesso em: 20.01.2023.

969 LUBAN, David. Ob. cit., p. 965-967.

o respectivo agente não tivesse o conhecimento seguro exigido pelo tipo normativo para caracterização do dolo específico. Percebe-se ainda que os estados de desconhecimento, tal como apontados linhas atrás, não decorreram de desleixo ou inexperiência dos respectivos agentes, mas sim de uma deliberação consciente de rejeitar informações disponíveis.

Bem por isso, as hipóteses refletem situações de ignorância deliberada *stricto sensu*, nas quais inexistente suficiente representação da possível concorrência dos elementos que integram o tipo objetivo realizado. E quando se verificam situações como tais, abrem-se enormes lacunas interpretativas quanto à possibilidade de punição dos agentes a partir do conceito de dolo eventual, eis que ausente o grau mínimo de conhecimento reputado necessário à sua configuração. Por outro lado, é intuitivo admitir que nenhum daqueles comportamentos merece ser premiado com a impunidade. Por consequência, é necessário refletir se os sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica são capazes de conceber alguma hipótese de conduta penalmente dolosa sem que o agente disponha de conhecimento efetivo de todas as circunstâncias que integram o tipo.

3.3.3 Dolo sem conhecimento?

Considerando o papel do bem jurídico no sistema finalista concebido no âmbito do direito penal, a partir de uma ótica constitucional, bem como o parâmetro dogmático dele decorrente para que se possa analisar as condutas geratrizes do delito de branqueamento de capitais, não há como tangenciar o exame do dolo, do dolo eventual e da cegueira deliberada, como indicadores da consciência da antijuridicidade material do delito em estudo, seja a partir do conteúdo do art. 368º-A do CP português, seja por força dos limites traçados no art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Conforme já destacado, tanto o ordenamento brasileiro, quanto o ordenamento português, só admitem o crime de branqueamento na modalidade dolosa, embora seja igualmente certo que alguns poucos Estados, dentre os quais Bélgica, Alemanha, Suécia e Espanha, o admitam sob a modalidade culposa⁹⁷⁰. Destarte, tanto no Brasil quanto em Portugal se faz imperiosa a prova do dolo do agente no processo penal.

Quanto a isso, Badaró⁹⁷¹ adverte que “somente será responsável pelos crimes de lavagem de dinheiro cometidos nesta seara se for demonstrada sua relação psíquica com aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com

970 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 28.

971 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. Ob. cit., p. 138.

sua realização”. Daí porque, inexistente a evidência do dolo, restará ausente a tipicidade da conduta. Por outro lado, segundo a dogmática tradicional, ausentes a consciência e a vontade de realizar os verbos núcleos do tipo, estará dissipada qualquer imputação de branqueamento, inclusive nas hipóteses em que configurado o erro insuperável.

Destarte, tendo em conta que o agente deve ter efetiva consciência sobre a origem ilegal dos bens ou das vantagens ilícitas para que se configure a lavagem de capitais, e que o dolo é o elemento subjetivo nuclear do tipo, caso o agente desconheça a origem das vantagens que figuram como objeto de suas operações financeiras, em princípio inexistirá conduta criminosa por ausência de tipicidade.

Observe-se que, se existente a consciência da conduta de inserção de bens e valores, mas se esta estiver dissociada do conhecimento sobre a origem espúria do numerário ou bens geridos, em princípio, o bem jurídico tutelado pela incriminação do branqueamento permanecerá incólume, e para que isto se torne ainda mais evidente basta apartá-lo do delito subjacente por meio de um corte imaginário. Aliado a tudo isso, segundo Pedro Fonseca⁹⁷², inexistirá crime de branqueamento se o grau de consciência for diminuído, a ponto de considerar o dolo eventual em relação à procedência dos bens e do capital ilícito decorrente do delito antecedente.

Frise-se que a concepção de que a configuração do crime de lavagem exige consciência plena da origem ilícita dos bens e dinheiro, além de não ser unânime, está longe de ser majoritária, especialmente diante da pletora de juristas e magistrados de diversos Estados que admitem o branqueamento a partir da presença do elemento subjetivo do dolo eventual, ou mesmo a partir da incidência do estado anímico próprio da cegueira deliberada.

Por óbvio que não se defende a presunção do dolo. Muito ao contrário, este precisa ser evidenciado, ainda que em sua modalidade de dolo eventual, ou mesmo em seu provável análogo, o instituto da *willful blindness*. Nesse aspecto, mesmo juristas um tanto céticos, tal como Pedro Fonseca, admitem que a ignorância deliberada não tem o condão de afastar o dolo do agente que se coloca intencionalmente em situação de ignorância com o objetivo de caracterizar erro⁹⁷³.

Esta também é opinião sufragada por Bottini e Badaró⁹⁷⁴, segundo os quais “ainda no campo do elemento subjetivo do tipo penal de lavagem de dinheiro, importa tratar de um instituto desenvolvido por países de *common law* conhecido por cegueira deliberada (*willful*

972 FONSECA, Pedro. Lavagem de dinheiro: aspectos dogmáticos. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 382.

973 FONSECA, Pedro. Ob. cit., p. 382-383.

974 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit., p. 143.

blindness), pelo qual se reconhece o dolo, não apenas nas hipóteses em que o agente conhece (dolo direto) ou suspeita (dolo eventual) da origem ilícita do capital, mas também naqueles nos quais cria conscientemente uma barreira para evitar ter ciência de qualquer característica suspeita sobre a procedência dos bens”.

Igualmente receptivo à doutrina da teoria da cegueira deliberada, Blanco Cordero⁹⁷⁵ salienta que esta somente incidirá se o sujeito criar, de forma consciente e voluntária, uma situação de impedimento do seu próprio saber para se isolar da ciência da origem ilegal dos bens e valores, e assim levar a cabo a conduta intencional de forma muito semelhante àquela própria do dolo eventual.

De fato, o que se observa na posição da doutrina mais resistente à configuração do crime de branqueamento, mesmo a partir dos casos de ignorância deliberada *strictu sensu*, é a concepção de que, para afirmar que alguém atuou dolosamente, se impõe como condição *sine qua non* que tenha agido com certo grau de conhecimento de que sua conduta possa conter os elementos do tipo objetivo de uma infração penal. Tal ponto de consenso, o qual é vigorosamente defendido no âmbito da dogmática espanhola e alemã, não apenas representa um denominador comum no debate doutrinário, mas há décadas se fraciona entre duas grandes correntes, a saber, as teorias volitivas e as teorias cognitivas.

Entretanto, se por um lado, é quase unânime o consenso sobre a necessidade de que o indivíduo deva atuar com certo conhecimento para que se possa afirmar que o mesmo agiu dolosamente, por outro lado, é imperativo admitir que o texto da lei penal espanhola, por exemplo, não exige expressamente dito elemento. Ainda que pontualmente o CP espanhol sinalize que para punir uma conduta é necessário, além de sua tipicidade objetiva, a concorrência de dolo ou imprudência, a segura definição destas duas formas de imputação subjetiva não se encontra positivada em qualquer um de seus dispositivos. Quanto a isso, Enrique Gimbernat adverte que “nem o Código Penal disse expressamente em parte alguma que dolo seja o mesmo que intenção, nem ele se deduz tampouco da regulação legal”⁹⁷⁶.

Na verdade, coube à doutrina e jurisprudência espanhola construir de forma majoritária o conceito de dolo como conhecimento e vontade, e isso decorre da tradição jurídica romano-germânica consolidada por séculos, mas também da influência exercida pela dogmática penal alemã dos últimos cinquenta anos. Talvez por isso, os juristas contemporâneos têm buscado

975 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 850-851.

976 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*. In: ADPCP, 1990. p. 429. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-AlgunosAspectosDeLaRecienteDoctrinaJurisprudencial-46375.pdf>. Acesso em: 20.01.2023.

sustentáculo na regulação do erro do tipo, para extrair do texto do CP espanhol uma exigência indireta de que o conhecimento seja elemento do dolo. Sob essa ótica, Ulzurrún Lluç pondera que, a partir dos limites traçados no art. 14 do CP espanhol⁹⁷⁷ sobre o erro, vencível ou invencível, que pode tornar a conduta culposa (imprudente), ou mesmo atípica, por exclusão é possível afirmar a existência de dolo sempre que ausente o erro, isto é, sempre que o indivíduo atua segundo um conhecimento correto de que em seu comportamento concorrem aqueles elementos que integram um determinado tipo penal⁹⁷⁸. Frise-se que essa concepção já foi pontualmente confirmada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal espanhol ao afirmar que “quando uma pessoa age sem erro é claro que age dolosamente, pois dolo se exclui somente quando existe um erro sobre os elementos do tipo objetivo”⁹⁷⁹.

Tal raciocínio indireto aparentemente encontra apoio na doutrina alemã, segundo os quais a configuração do dolo exige conhecimento, pelo menos segundo se infere do §16, nº 1, do CP alemão⁹⁸⁰, segundo o qual “não age com dolo quem, ao praticar o ato, desconhece alguma circunstância que faça parte dos fatos estatutários”. Nesse sentido, Ingenborg Pupe⁹⁸¹ salienta que o §16, nº 1, do StGB confere uma definição indireta do dolo, cuja configuração exige o conhecimento das circunstâncias que integram o tipo penal. Na mesma linha de entendimento, Jakobs pontua que a lei confere ao dolo unicamente uma definição parcial e negativa⁹⁸², e mesmo há muito advertia que “a lei só dá a entender que para a existência do dolo é necessário um determinado conhecimento das circunstâncias da ação punível”⁹⁸³.

Contudo, inobstante a convergência entre os raciocínios, é necessário observar a peculiar circunstância de que, enquanto o CP espanhol assinala a inexistência de dolo quando o comportamento se produz em uma situação de erro, o CP alemão estatui que não se pode

977 CP espanhol. Artículo 14. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

978 Nesse sentido se posiciona SANS-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH. Dolo e imprudência, p. 271.

979 STS de 31 de dezembro de 1996, Relator Bacigalupo Zapater.

980 CP alemão (StGB). §16. Erro sobre as circunstâncias do crime. (1) Não age com dolo quem, ao praticar o ato, desconhece alguma circunstância que faça parte dos fatos estatutários. A responsabilidade criminal por inspeção negligente permanece inalterada. (2) Quem, ao cometer o fato, presumir erroneamente circunstâncias que constituiriam os elementos de uma lei menor, só pode ser punido pela lei menor por cometimento doloso.

981 PUPPE, Ingenborg. *Comentario al §16 StGB*. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*. v. 1. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 523.

982 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 313.

983 MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. t. 2. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1946. p. 92. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1946;000096353>. Acesso em 21.01.2023.

admitir uma atuação dolosa quando se constata um estado de desconhecimento. Inobstante seja evidente que o desconhecimento exclui o dolo, já não se mostra tão claro que o desconhecimento seja necessariamente derivado de um erro invencível, pelo menos sob o prisma do direito penal espanhol.

Em regra, a doutrina costuma equiparar o erro e o desconhecimento, mas tal postura exige maior reflexão. Em todo caso, seja por tradição jurídica, seja por fundamentos extraídos do direito positivo, majoritária doutrina e jurisprudência espanholas convergem no sentido de que um comportamento só pode ser punido como doloso se o agente detiver certo grau de conhecimentos, e essa síntese constitui a base comum compartilhada pelas teorias cognitivas e volitivas.

a) Teorias volitivas do dolo

Mesmo para os juristas que compreendem o dolo como vontade de realizar um comportamento típico, a exigência de conhecimento prévio se impõe, pois há uma inferência lógica de que só aquele que sabe o que está fazendo pode realmente querer ou aceitar determinadas consequências resultantes de sua atuação. Portanto, para os adeptos das teorias volitivas, não basta a presença do conhecimento para assinalar que alguém agiu dolosamente, sendo igualmente necessária a presença da vontade para a realização do tipo, podendo a vontade se manifestar por meio da intenção, e evidenciar dolo direto de primeiro grau, ou podendo se externar por meio de aceitação ou conformidade, e com isso gerar o dolo eventual⁹⁸⁴. Entretanto, se o elemento volitivo não estiver atrelado ao conhecimento simultâneo de que a conduta é apta a realizar o tipo penal, pode-se argumentar que existiu apenas um desejo, o qual se mostra flagrantemente insuficiente para suprir as exigências do conceito de dolo. Assim, nessa linha de raciocínio, quando o indivíduo detém consciência de que seu comportamento pode reunir os elementos próprios de determinado tipo penal, mas não aceita a possibilidade de produzir o resultado lesivo, e ainda assim realiza a conduta, esta será de mera culpa consciente.

Ocorre que não é possível tangenciar a crítica de que o elemento volitivo, seja externado por intenção, seja pela mera conformação, ocupe um papel irrelevante, até mesmo para os adeptos das teorias volitivas, pois o dolo deve compreender as circunstâncias já existentes no momento de realizar o tipo, em regra, nos delitos de mera conduta. Por exemplo, nos crimes

984 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 103 e ss.

de abuso sexual, de receptação, ou de tráfico de estupefacientes, a jurisprudência tem demonstrado que o elemento volitivo do dolo tem sido muito pouco significativo, eis que só restarão cristalizadas condutas penalmente típicas se o agente souber que manteve relações íntimas com uma menor de treze anos, ou que adquiriu uma mercadoria furtada ou roubada, ou ainda que estava transportando substâncias entorpecentes ou alucinógenas.

De fato, sem o conhecimento de tais circunstâncias não se poderá falar em conduta dolosa. Talvez por isso as teorias volitivas aparentem ter adequação exclusiva aos crimes de resultado. Em todo caso, os adeptos das teorias volitivas reconhecem o conhecimento como elemento indispensável à caracterização do dolo, ainda que isoladamente ele não se mostre suficiente para tanto. Daí porque, em princípio, não pode atuar dolosamente aquele que, no instante da execução do comportamento típico, desconhece alguma das circunstâncias elementares do tipo penal.

Finalmente, a propósito das razões do desconhecimento, pondera Ragués i Vallès⁹⁸⁵ que o dolo estará afastado pela ausência do conhecimento, independentemente de quais sejam as causas ou razões do desconhecimento, mas tal posição extremada aparentemente se restringe aos limites dogmáticos do art. 14 do CP espanhol, que assinala o erro invencível e o erro vencível, mas nada alude sobre o erro intencional. Portanto, é provável que tal lacuna tenha sido a causa motriz para assimilação da doutrina da cegueira deliberada nos acórdãos do Supremo Tribunal da Espanha, segundo os quais a vontade do sujeito de evitar conhecer mais do que já sabia merecia ser identificada como um indício de sua aceitação da concorrência de um determinado elemento típico em sua conduta.

b) Teorias cognitivas do dolo

Em sentido oposto, os adeptos das teorias cognitivistas do dolo entendem que o conhecimento é não apenas necessário, mas suficiente para caracterizar o dolo do agente. Sob essa ótica, dolo e conhecimento seriam termos sinônimos, de modo que somente em caso de desconhecimento de algum elemento do tipo é que se pode reputar que a conduta foi culposa (imprudente), ou mesmo atípica, conforme tenha derivado de erro vencível ou invencível, respectivamente⁹⁸⁶. Por óbvio que diversas construções teóricas flexibilizam a exigência de conhecimento. Dentre elas, três merecem alusão: a) a teoria que equipara a representação e a

985 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 119.

986 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 88 e ss.

probabilidade de ocorrência de determinado elemento típico à certeza de sua concorrência; b) a teoria que exige que o agente realize uma valoração paralela na esfera do profano, quando presente algum elemento normativo do tipo; c) a teoria segundo a qual a formação do conhecimento não exige que no instante da conduta o sujeito “pense” nos elementos objetivos⁹⁸⁷, bastando que disponha de um conhecimento não atualizado, uma espécie de coconsciência⁹⁸⁸.

Relativamente à terceira corrente teórica acima aludida, é oportuno registrar que a identificação da existência de elementos normativos no tipo legal gerou importantes consequências na dogmática penal, notadamente quanto aos problemas relativos à configuração do dolo, seja quanto àquilo que nele está contido, seja quanto à eventual diferença quanto ao modo em que o dolo se estende sobre os elementos descritivos. E como principal consequência da identificação de elementos normativos no tipo legal, aponta-se o tratamento do erro, instituto sobre o qual Garcia-Conlledo⁹⁸⁹ lançou instigantes questões, *in verbis*:

(...) a existência de elementos valorativos nos tipos, de elementos que remetem a normas (jurídicas ou não) põe em causa a principal distinção levada a cabo na teoria do erro e as consequências que se atrelam à mesma, pela doutrina majoritária e por diversas legislações: quando alguém se equivoca sobre a concorrência de um elemento normativo do tipo, estamos sempre diante de um erro de tipo excludente do dolo, ou ante um erro de proibição? Ou talvez haja de distinguir segundo o erro recaia sobre o substrato fático do elemento normativo, ou sobre a própria valoração, ou sobre a norma que lhe confere sentido? Isso não suporia uma volta à velha distinção entre erro de fato e erro de direito supostamente superada? Não haverá, ademais, casos em que o erro sobre elementos normativos seja irrelevante?

Conclusivamente, ainda que reconheça os obstáculos impostos pelas três construções teóricas que flexibilizam a exigência de conhecimento, ao que parece a doutrina majoritária

987 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 89-90; DÍAZ Y GARCIA-CONLLEDO, Miguel. *Los elementos normativos del tipo penal y la teoria del error*. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (org.). *Cuestiones actuales de la teoria del delito*. Madrid: La Ley, 1999. p. 61-112; BLECKMANN, Frank. *Derecho Penal y Teoría de Sistemas*. In: GOMÉZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 341-383; BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik - wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch. Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes*. Friburg al Breisgau: Ed. Iuscrim, 2002. p. 13-14. Disponível em: <https://www.gbv.de/dms/ilmenau/toc/345697081.PDF>. Acesso em 21.01.2023

988 Coconsciência é um processo mental fora do campo principal da consciência, mas às vezes a ela acessível; consciência secundária. Assim, coconsciente é aquele que experimenta as mesmas coisas, que é consciente das mesmas coisas. É algo que não está no campo do consciente, mas sob certas circunstâncias favoráveis pode ser lembrado.

Disponível em: [https://www.dicio.com.br/coconsciente/#:~:text=Etimologia%20\(origem%20da%20palavra%20coconsciente,a%20ela%20acess%C3%ADvel%3B%20consci%C3%Aancia%20secund%C3%A1ria](https://www.dicio.com.br/coconsciente/#:~:text=Etimologia%20(origem%20da%20palavra%20coconsciente,a%20ela%20acess%C3%ADvel%3B%20consci%C3%Aancia%20secund%C3%A1ria). Acesso em 21.01.2023.

989 DÍAZ y GARCIA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. Madri: La Ley, 2008. p. 42-43.

espanhola ainda resiste em admitir a ideia que alguém possa ter atuado como dolo sem ter previamente representado a concorrência de um determinado elemento objetivo, entretanto, cabe ponderar que talvez a dificuldade resida no fato de que ambas as correntes examinam conhecimento e vontade como elementos isolados, e não como vasos comunicantes. Com efeito, é preciso refletir que algumas vezes a vontade é tão robusta que literalmente ocupa o espaço que deveria ser destinado ao conhecimento. É precisamente daí que nasce a advertência bíblica de que “a ganância cega os olhos e obscurece o sentido da vida” (Lucas 12,13-21)⁹⁹⁰.

3.3.4 Desconhecimento propositado

É imperativo reconhecer que teorias do dolo (cognitivas e volitivas) partem do princípio de que só haverá dolo se o agente tiver atuado com algum grau de conhecimento sobre os elementos objetivos de seu comportamento. Portanto, se o conhecimento estiver efetivamente ausente e inacessível, o indivíduo não merecerá punição, podendo ser sancionado na esfera do direito penal apenas se a lei contemplar o tipo sob a forma culposa (imprudente), e se tal forma inexistir o resultado será a impunidade da conduta. Aparentemente esta lógica binária se encontra consolidada e se mostra aplicável à grande maioria dos casos, de modo que aquele que lesiona um bem jurídico sem deter conhecimento suficiente sobre os contornos de sua conduta age imprudentemente, e por isso mesmo merecerá tratamento penal menos severo do que aquele que sabia perfeitamente das consequências de sua conduta, e ainda assim decidiu levá-la adiante.

Entretanto, conforme já observamos no início deste capítulo, eventualmente os tribunais têm se deparado com situações nas quais o agente sustenta ter praticado a conduta sem deter conhecimento suficiente sobre suas consequências jurídicas, ou mesmo sobre aspectos da dimensão típica de seu comportamento. Em tais hipóteses resta saber se o conhecimento era acessível ou inacessível, pois na primeira hipótese o agente deverá suportar reprimenda mais severa do que aquela própria das condutas culposas (imprudentes) e efetivamente não deve resultar em impunidade, mesmo que o respectivo tipo penal só preveja punição a título de dolo.

Ora, se o conhecimento era acessível ao sujeito cognoscente e ele o repeliu, é intuitivo que a vontade preponderou sobre o conhecimento, e isto se observa sempre que o indivíduo se

990 Disponível em: <https://site.ucdb.br/liturgia-diaria/a-ganancia-cega-os-olhos-e-obscurece-o-sentido-da-vida-lc-12-13-21/1761/>. Acesso em: 21.01.2023.

coloca intencionalmente em uma situação de ignorância, especialmente se a postura de rejeição do conhecimento acessível foi antecedida pela suspeita de que a conduta representada na mente do indivíduo tinha algum componente de ilicitude. Isso aponta para um conhecimento intuitivo que foi deliberadamente sufocado a partir de uma motivação emocionalmente poderosa, normalmente a cobiça, que cega os olhos e entorpece os sentidos.

Eis o ponto em que reside a lacuna na maioria dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, que preveem (de forma explícita ou implícita), que dolo é a junção de conhecimento e vontade, mas tangenciam o fato de que esses dois ingredientes podem não estar presentes em percentuais idênticos. Com efeito, tanto na “meia de leite” quanto no “café pingado” existirão leite e café, ainda que em quantidades diferentes. Portanto, o cliente não pode rejeitar a ideia de que ingeriu os dois ingredientes.

Por igual, nas condutas realizadas a partir de conhecimento efetivo, ou conhecimento potencial, ou mesmo de conhecimento intuitivo, não é razoável alegar a ausência de conhecimento apenas porque este não foi efetivo e explícito, sobretudo quando o estado anímico da vontade interferiu decisivamente para que a mente do sujeito se afastasse do conhecimento disponível. Esse é o ponto que tem ocupado as atenções de variados juristas, seja os afeitos à *common law* (como Husak e Callender), que confirmam a lacuna jurídica no ordenamento norte-americano, seja os afeitos à *civil law* (como Günther Jakobs), que assinala lacuna similar no ordenamento germânico. Nesse cenário, é oportuno o exame da perspectiva tradicional, mas também das perspectivas contemporâneas.

a) Perspectiva tradicional

Um dos juristas que mais tem se dedicado ao estudo da lacuna jurídica no tratamento de certas situações de desconhecimento dos elementos típicos tem sido Jakobs. O jurista de Bonn adota como premissa de seus estudos a disparidade de tratamento conferido ao dolo e ao conhecimento da antijuridicidade, por reputar que ali reside uma grave inconsistência no direito alemão. Ora, se é certo que os limites do dolo são extraídos do §16 do StGB, segundo o qual devem ser sancionados na modalidade culposa (imprudente) os casos em que há desconhecimento das circunstâncias integrantes do tipo penal, é igualmente certo que §17 do mesmo diploma, e que versa sobre o erro de proibição, impõe tão somente uma mitigação opcional para o erro de proibição de natureza vencível. Portanto, mesmo que todos os casos de desconhecimento dos elementos do tipo justifiquem a impunidade ou, pelo menos, uma significativa atenuação punitiva, é necessário reconhecer que existem hipóteses de

desconhecimento da ilicitude que justificam e autorizam punição idêntica àquela aplicada aos casos de conhecimento autêntico⁹⁹¹.

Na percepção de Jakobs, tal disparidade de tratamento se mostra inaceitável quanto ao dolo, eis que sugere uma benevolência penal injustificada em prol de certos casos de desconhecimento, nomeadamente aqueles que se encaixam no rótulo de “imprudência dirigida a um fim”, ou “cegueira ante os fatos” (*tatsachen blindheit*)⁹⁹². Aduz o jurista alemão que a imprudência proposital é aquela ignorância em que o próprio autor não valoriza como falta de sua orientação no mundo, pois o alcance material do objeto desconhecido carece de interesse para ele⁹⁹³. Por outro lado, ainda que “culpa dirigida” se afigure como sinônimo aparente de “ignorância deliberada”, diversamente do que se verifica na doutrina própria da *common law*, Jakobs confere tratamento distinto aos dois institutos, pois entende que: a) há casos em que o indivíduo permanece voluntariamente em estado de ignorância; b) há casos em que o estado de ignorância resulta de mero desinteresse, indiferença ou falta de escrúpulos do agente.

Densificando ambas as hipóteses, Jakobs pondera que muitas pessoas desconhecem que produzem ruído excessivo ou que poluem o ambiente, porque se mostram indiferentes aos interesses dos demais cidadãos e aos destinos do meio ambiente, pois caso se importassem com o bem-estar alheio os efeitos prejudiciais derivados de sua conduta lhes seriam claramente evidentes, mas esse interesse lhes falta⁹⁹⁴. Ainda em busca de demonstrar seu ponto de vista, Jakobs concebe o exemplo em que dois terroristas guiam seus veículos em direção a uma rua bloqueada pela polícia, e assim o façam com o propósito de romper o cerco. Naquele cenário, o primeiro terrorista admite que sua ação pode causar a morte de algum dos policiais que realizam o bloqueio, enquanto o segundo terrorista entende que a vida de um

991 “O limite do dolo fraude, fixado segundo critérios psicologizantes, se opõe à normativização levada a cabo no problema paralelo do erro de proibição” (JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Trad. Cancio Meliá. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997. p. 378). Em sentido oposto, Kindhauser assevera que o §16 do StGB de modo algum indica que quem age sem conhecimento deva ser punido com mais brandura do que quem age com consciência, pois esta é uma questão que se reserva aos correspondentes preceitos da parte especial. Aduz mais que enquanto o §17 do StGB contém uma regra para determinação da pena, isso não acontece no caso do §16 do mesmo diploma (KINDHAUSER, Urs. *Gleichgültigkeit als Vorsatz?* In: ARNOLD et al (orgs.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. Friburgo d. B., 2005. p. 346. Disponível em: <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/B3MIJKRP4ITXPJY7HURDYPBP52OPOK5I>. Acesso em: 23.01.2023. Igualmente crítica, Ingenborg Puppe sustenta que a prevalecerem as concepções de Jakobs desaparece a possibilidade de distinguir entre culpa e dolo (PUPPE, Ingenborg. Ob. cit., p. 484).

992 Expressão usada por Jakobs em artigo publicado em 1997 (JAKOBS, Günther. *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos e de los efectos cognitivos*. Trad. C. J. Suárez González. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997. p. 128-146).

993 JAKOBS, Günther. *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos e de los efectos cognitivos*. Ob. cit., p. 138.

994 JAKOBS, Günther. *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos e de los efectos cognitivos*. Ob. cit., p. 138.

policial não merece qualquer consideração, e sequer se digna a cogitar qual será o destino do agente público. Embora os estados anímicos dos dois agentes sejam distintos, segundo o ordenamento lei vigente será privilegiado aquele que carece de toda consideração⁹⁹⁵.

Com absoluto acerto, Jakobs percebe ser inadmissível que tais estados de ignorância deliberada sejam contemplados com um tratamento tão generoso, eis que tal benefício se mostra axiologicamente injustificável, ao mesmo tempo que demonstra que o único interesse do legislador foi o de fixar uma fronteira clara e descomplicada entre o dolo e a culpa⁹⁹⁶. O jurista alemão visualiza uma contradição no tratamento legal que exonera de punição aquele cujo desconhecimento decorreu da absoluta indiferença ao bem jurídico, mas que permite a punição, a título de dolo, para aquele que deteve conhecimento por excesso de escrúpulos⁹⁹⁷. E ao examinar o conteúdo do art. 14 do CP espanhol, segundo o qual sempre existe o dever de atenuar a pena ante a incidência de erro (de tipo ou de proibição), independentemente das causas do desconhecimento, Jakobs se mostra especialmente crítico, pois assinala que, ao impor a atenuação obrigatória, a lei penal espanhola apenas oculta o problema, e assim aquele que se mostra absolutamente indiferente, aquele que atua irrefletidamente, é privilegiado⁹⁹⁸.

Daí porque a proposta de Jakobs é no sentido de abandonar a regulação vigente do erro de tipo, substituindo-a por um modelo semelhante ao do erro de proibição, e que propicie que certos estados anímicos de ignorância sejam tratados de forma análoga às condutas realizadas com conhecimento efetivo. Aliás, tal ideia é compartilhada por Heiko Lesch⁹⁹⁹, para quem o fato de a lei apenas avaliar o dado psíquico da falta de conhecimento efetivo, sem ter em conta as razões desse déficit supõe, do ponto de vista axiológico, um privilégio injustificado

995 JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 313.

996 “O limite da intenção é determinado, pelo menos em um lugar, rigidamente segundo os fatos psíquicos (conhecimento, ignorância), mas não segundo a avaliação desses fatos” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 313-314). Schünemann opõe sua crítica aduzindo que a perigosidade para os bens jurídicos de quem carece da representação necessária para o dolo, independentemente das causas de seu desconhecimento, sempre é inferior à de quem conhece positivamente o risco que está criando (SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudios de derecho penal, derecho procesual penal e filosofía del derecho*. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 10). Segundo Ragués i Vallès a crítica parece ignorar que na abordagem de Jakobs a pena agravada do crime doloso não se justifica de forma alguma por razões de perigo, mas de expressividade do fato (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 122-124).

997 JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 313.

998 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 346.

999 Conforme Lesch, a diferença entre a ignorância deliberada e o erro de proibição reside no fato de que em sua regulamentação o legislador não considerou o dado psíquico, mas a valoração deste por uma “regulação elástica” (LESCH, Heiko. *Dolus directus, indirectus und eventualis*. In: JADirekt. Munich-Schwabing: Vahlen, 1997, p. 802). Disponível em: <https://www.degruyter.com/database/IBZ/entry/ibz.ID961058415/html>. Acesso em: 23.01.2023. No mesmo sentido: MANO PORTO, Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 29.

daquele autor cujo desconhecimento se baseia em razões que lhe agravam (*belastenden Gründen*). Lesch aduz ainda que entre as situações que dão lugar a dito privilégio estão os casos de desconhecimento atribuíveis à indiferença ou ao desinteresse.

Frise-se que, inobstante as propostas de Jakobs e Lesch estejam focadas nos casos de ignorância por indiferença, aparentemente inexistente óbice que a mesma abordagem seja feita em relação às hipóteses de ignorância deliberada. Com efeito, Ragués i Vallès formula crítica ao foco das atenções do jurista de Bonn ao aduzir que “não deixa de chamar a atenção que Jakobs e sua escola dediquem tanto interesse aos casos de ausência de representação atribuíveis ao desinteresse ou à indiferença do sujeito, com exemplos que, além disso, muito dificilmente deixariam de ser vistos na prática, por um tribunal, como casos de dolo eventual, e em troca, tangenciem as situações mais patentes de ‘imprudência provocada’, que são aquelas em que o sujeito se coloca deliberadamente em um estado de falta de representação suficiente”¹⁰⁰⁰.

É oportuno observar, contudo, que o foco das atenções de Jakobs para as situações de ausências de representação imputáveis à indiferença do sujeito talvez seja derivada do propósito de atrair para o tipo subjetivo a discussão alemã acerca da valoração que se deve conferir aos casos de desconhecimento da antijuridicidade, e que tenham sido provocados pela indiferença ao conteúdo da norma jurídica, destacando-se ainda que esse debate remonta a 1944, por força de artigo publicado por Mezger, intitulado “Erro jurídico e Cegueira jurídica” (*Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*)¹⁰⁰¹.

b) Perspectivas contemporâneas

Posteriormente, já nos primeiros anos do século XXI, através de artigo intitulado “Indiferença como dolo indireto”, Jakobs ampliou sua abordagem anterior no sentido de não descartar a possibilidade de que, *lege lata*, o desconhecimento motivado pela indiferença já seja cabível como um caso de dolo, no texto da lei¹⁰⁰². Aduziu mais que, o que determina a culpabilidade do sujeito é sua deslealdade ao Direito, e que isso se observa não apenas nos casos de conhecimento do fato que se esteja realizando, mas também quando existe um desconhecimento sobre as circunstâncias de tal fato, atribuível ao desinteresse do sujeito. O

1000 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 126.

1001 NIETO MARTIN, Adán. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la invencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Atelier, 1999. p. 237 e ss.

1002 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 345-358.

jurista de Bonn assinalou literalmente que “a culpabilidade não existe porque concorram o conhecimento do tipo e o conhecimento da ilicitude, mas porque falta lealdade ao Direito; este déficit pode ser induzido através do conhecimento, mas também de outros modos ou formas que o ponham manifesto”¹⁰⁰³. Ademais, nem toda situação de desconhecimento atrai a incidência de erro ou de incompetência que justifique o tratamento mais generoso, com aplicação de sanção por tipo culposo, e não por doloso¹⁰⁰⁴, eis que “o desconhecimento derivado da indiferença, desconhecimento evitável de dados que, a partir de uma perspectiva subjetiva, são irrelevantes para a decisão, não é um erro e nem gera uma exoneração da responsabilidade”¹⁰⁰⁵. Bem por isso, o jurista alemão reputa ser muito mais precisa a provecta teoria do *dolus indirectus*, segundo a qual, malgrado as representações específicas do sujeito, imputava como dolosos todos os efeitos naturais de um determinado comportamento perigoso que o indivíduo deveria ter previsto¹⁰⁰⁶. Assim, a mera consumação do comportamento, mesmo que não precedido de qualquer representação do agente, já assinala certo grau de indiferença quanto aos interesses da vítima, e por isso, a pena deve ser pelo tipo doloso.

Conclusivamente, o que se observa é que atualmente Jakobs já não repele a ideia de que o direito positivo alemão rejeite a aplicação da ignorância deliberada como estado anímico equivalente ao dolo, ainda que a literalidade do §16 do StGB continue a servir como obstáculo para tanto. E quanto ao teor do art. 14 do CP espanhol, assevera que o mesmo se reporta expressamente a um erro do autor, mas pondera ser questionável que a partir da redação daquele dispositivo sejam “designados de modo contundente casos de desconhecimento evitável de dados irrelevantes para a decisão”¹⁰⁰⁷. Sob a ótica crítica de Ragués i Vallès¹⁰⁰⁸, “Jakobs parece deixar para mais adiante o trabalho de desenvolver com detalhe as consequências que derivam de suas premissas (afirmando uma certa ambiguidade quando se aborda pela primeira vez uma matéria esquecida durante aproximadamente dois

1003 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. Cit., p. 347. No mesmo sentido: GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Piura: Ara Editorres, 2003. p. 544; CANCIO MELIA, Manuel. *Crisis del lado subjetivo del hecho?* In: *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. t. 1. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 77. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_45.pdf. Acesso em: 23.01.2023.

1004 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 348-349.

1005 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 357.

1006 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 350-351.

1007 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 356-357.

1008 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 128.

séculos, isso é inevitável), e deixa de responder de forma contundente aos questionadores que submete sua proposta a partir da perspectiva da legalidade.

3.3.5 Como provar a ocorrência do dolo?

É necessário admitir que os casos de ignorância deliberada *stricto sensu* não são corriqueiros, além do que normalmente apresentam uma complexa estrutura, e diante disso é razoável aceitar que o problema por eles sugerido seja meramente teórico, especialmente porque na prática forense, eventuais objeções de desconhecimento ostentariam aparência de inverossimilhança, e por isso mesmo seria virtualmente impossível que fossem aceitas. O exemplo dos dois criminosos que pretendiam violar uma barreira policial, tal como proposto por Jakobs, bem demonstra quão improvável seria conceber que no momento de pôr em prática um atentado terrorista algum dos sujeitos não representasse o perigo que estava criando simplesmente porque a vida da vítima não lhe parecia digna de consideração¹⁰⁰⁹. Aliás, dificilmente algum advogado teria a coragem de sustentar tal argumento perante um tribunal, seja porque colocaria em risco sua reputação profissional, seja porque já poderia antever o insucesso processual do argumento.

Por outro lado, ainda que se admita que diversas alegativas de desconhecimento derivado de vontade ou indiferença possam ser reputadas pouco plausíveis, e assim serem rejeitadas pelos tribunais, não se deve rechaçar de plano que certas alegações de desconhecimento provocado possam ser tidas como plausíveis, desde que amparadas em algum acervo probatório. Com efeito, no caso do “prefeito assinador” já aludidos linhas atrás no tópico 3.3.2.(c) deste trabalho, tal alegativa pode ostentar alguma verossimilhança. Por igual, no exemplo “proibido abrir a porta”, também explorado no mesmo tópico, a ordem do patrão a seus empregados domésticos para que não abrissem a porta da casa, e nem recebessem qualquer correspondência oficial também poderia ser objeto de prova no processo penal.

Por simetria de razões, o argumento pode ser manejado por “testas de ferro” que, não raro, são recrutados pelo “homem de trás” dos crimes econômicos, dentre os quais o crime de branqueamento. A depender das circunstâncias fáticas e da incorrência de conhecimentos especiais pelo “testa de ferro” será possível, senão mesmo provável, que seu comportamento

1009 Inobstante Jakobs reconheça tais problemas, entende que isso não diminui a questão de saber se o conhecimento pobre do autor importa quando o conhecimento é certamente irrelevante para a decisão do mesmo (JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ob. cit., p. 347).

seja reputado destituído de conhecimento, e com isso reste afastado o dolo. E para além disso, se o respectivo ordenamento jurídico do Estado responsável pela apuração do crime não contemplar a modalidade culposa, a conduta do agente branqueador será considerada impune. Obviamente não será possível admitir com a mesma benevolência o argumento, caso invocado em prol de empregados bancários, ou contadores, ou mesmo de “advogados de operações”, os quais necessitam de conhecimentos especiais para realizar a operação mercantil, ou cambial, ou financeira que lhes foi solicitada, devendo esta hipótese ser enfrentada com maior profundidade no tópico 3.5.5 deste capítulo.

Conclusivamente, o que se constata é que, inobstante seja possível a ocorrência de estados anímicos de ignorância deliberada que resultem em condenação por crime doloso, se a partir da prova indiciária coletada, o juiz responsável pelo caso reputar o quadro psíquico alegado como impossível ou altamente improvável, ainda assim tal possibilidade não autoriza concluir que todos os casos de ignorância deliberada tenham o mesmo destino, especialmente nas hipóteses em que a defesa invoque o argumento padrão de que todo o ônus probatório incumbe sempre aos órgãos de persecução penal.

É certo que a prova do dolo será objeto do capítulo seguinte deste trabalho, todavia, neste momento é oportuno destacar que há quatro padrões a partir dos quais se pode inferir a presença do elemento cognitivo no tipo subjetivo: a) o conhecimento mínimo, atribuível a todas as pessoas que se dizem normais, capazes e imputáveis; b) a existência de indicativo de uma transmissão prévia de conhecimento; c) a exteriorização do conhecimento pelo próprio acusado; d) a existência de delegação a respeito do conhecimento¹⁰¹⁰.

E considerando que, em regra, as situações de cegueira deliberada *stricto sensu* exigem prova indireta do dolo, é pertinente o alerta de Carlos Edinger, segundo o qual “o que se pretende fazer ao se provar o elemento subjetivo de determinada conduta típica é imputar conhecimento e vontade para determinada ação ou omissão, a partir de determinados elementos externos existentes na situação fática narrada”.

Se provamos hipóteses, todos os meios de prova são admissíveis, e em princípio, são aptos em maior ou menor grau de relevância, a nos dizer algo sobre a situação. Elas não nos dizem algo propriamente (porque o objeto não fala para o sujeito), mas todo elemento probatório é apto a encetar determinada narrativa sobre o ocorrido, não só em termos objetivos, mas também em termos de investimento subjetivo do acusado na conduta¹⁰¹¹. Por tudo isso, como bem adverte Ingenborg Puppe, persiste a relevância prática e a necessidade de

1010 COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Atlas, 2015. p. 240-256.

1011 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 112.

analisar em nível conceitual os problemas gerados a partir dos pressupostos da ignorância deliberada¹⁰¹².

3.4 Cegueira deliberada e seus elementos conceituais

Inobstante as origens da multicitada teoria da cegueira deliberada remontarem ainda a meados do século XIX, é forçoso reconhecer que sua adoção tem suscitado intensas críticas da doutrina, especialmente nos Estados filiados ao sistema jurídico da *civil law*, consoante já salientado no título 3.2 deste trabalho. Aliás, há diversas tentativas de definir e delimitar o alcance da doutrina da ignorância deliberada, e não raras vezes argumenta-se que houve uma importação precipitada de uma teoria incompatível com as normas estatais internas que dispõem sobre o elemento subjetivo do tipo. Por isso mesmo, buscaremos sistematizar adiante as principais concepções sobre a teoria da cegueira deliberada.

3.4.1 Concepções de John Edwards e Ira Robbins

Segundo as concepções de John Edwards¹⁰¹³, existe uma evidente afinidade entre aquele que atua numa posição de ignorância deliberada e aquele que atua com desconsideração em relação aos fatos. Aduz o jurista que a atitude de indiferença perante riscos que são óbvios apontaria para um estado mental que antevê as consequências da sua conduta e, deliberadamente, coloca em risco a hipótese de se virem a realizar, ainda que estas não sejam efetivamente desejadas. No mesmo sentido se posiciona Ira Robbins¹⁰¹⁴, ao argumentar que a atuação do ignorante deliberado não se pode reconduzir a uma situação de *knowingly*, isto porque seu estado mental apresenta evidentes similitudes com o estado de *recklessness*, na medida em que se tem uma representação de probabilidade ou de risco. Argumenta ainda que, se o *Model Penal Code* estabelece que há conhecimento de um fato quando “uma pessoa tem consciência da alta probabilidade da sua existência, salvo se, realmente, crer que ele não existe”, então, será necessário que a acusação prove que o arguido

1012 PUPPE, Ingenborg. Ob. cit., p. 65 e ss. No mesmo sentido: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. p. 88 e ss; PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *Problemas metodológicos de la prueba del dolo*. In: AFD. t. 18, 2001. p. 67-93. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-ProblemasMetodologicosEnLaPruebaDelDolo-3823125.pdf>. Acesso em: 23.01.2023.

1013 EDWARDS, J. *The Criminal Degrees of Knowledge*. In: *The Modern Law Review*. v. 17, 1954. p. 303-306. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1091388>. Acesso em 22.01.2023.

1014 ROBBINS, Ira. Ob. cit., p. 223 e ss.

admitiu a probabilidade de tal fato. Portanto, a questão passaria por saber se uma condenação apoiada na doutrina da ignorância deliberada seria efetivamente compatível com a previsão constitucional que exige a prova de todos os elementos do tipo de crime, incluindo o conhecimento, ou se, do contrário, se conformaria com uma mera dedução, baseada numa “dúvida atendível”.

Robbins sustenta que deve ser rejeitada a tese que pretende alterar a definição do conceito do que seja conhecimento para permitir a inclusão dos casos de ignorância deliberada, de molde a alcançar o efeito de afastar a impunidade nestes casos. Adverte, contudo, que essa alteração implicaria eliminar a fronteira entre *knowingly* e *recklessness*, estados mentais distintos que passariam a receber tratamento idêntico do direito penal. Bem por isso, propõe que a lei seja reformada de modo a estabelecer que, em certos delitos, seja possível a punição a título de *recklessness*, ou que sejam fixadas previsões específicas em certos crimes que consagrem o estado de ignorância deliberada como base de condenação.

A proposta, contudo, restou confrontada por Robin Charlow¹⁰¹⁵, para quem a argumentação sobre a constitucionalidade apresentada por Robbins busca amparo na premissa de que a expressão “conhecimento”, tal como é usada nas tipificações penais, não comporta os casos de ignorância deliberada. Por isso mesmo, defende ser necessário tomar em consideração que o termo “conhecimento” é uma palavra ambígua, sem significado fixo e limitado. Portanto, acrescenta que ao construírem uma noção de “conhecimento” que abrange o conceito de cegueira deliberada, os tribunais estariam atuando em plena conformidade constitucional, por terem a função de interpretar as normas legais da maneira mais clara possível, e a partir das evidências que se possa extrair do texto legal. Aliado a isso, Charlow alerta que o conceito da ignorância deliberada não se opõe àquele que corresponde à compreensão geral do que seja “conhecimento”, precisamente porque é plenamente aceita a ideia de que alguém possa ter “conhecimento” de fatos que não são absolutamente certos. Destarte, não seria necessário atuar com um pleno conhecimento, sendo suficiente que o agente atuasse com um grau de consciência de alta probabilidade da existência de um fato.

1015 CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: *Texas Law Review*. n. 70, 1992. p. 1355-1356.

3.4.2 Concepções de Rollin Perkins

Rollin Perkins¹⁰¹⁶ também opõe críticas ao *Model Penal Code*, especialmente no tocante à cláusula 2.02.7, e para tanto argumenta que os autores daquele diploma legal aparentemente partiram da premissa de que jamais existiria evidência direta da ignorância deliberada, contudo, o manejo da *willful blindness* sem a evidência direta deve ser circunscrito às situações em que o agente detém conhecimento de uma alta probabilidade de que sua conduta é ilícita, vale dizer, detém um conhecimento além de toda dúvida razoável.

Perkins sugere retificações no texto legal, e para tanto assinala que “a cláusula 2.02 (7) do Código Penal Modelo deve ser alterada de alguma forma, propondo a redação seguinte: Sempre que o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma infração, tal conhecimento é estabelecido se uma pessoa acredita que ele provavelmente existe. Um indivíduo é considerado como tendo conhecimento do que ele teria conhecido se não tivesse deliberadamente evitado saber. A cegueira deliberada pode ser demonstrada pela prova direta, ou da prova de que uma pessoa está ciente de uma alta probabilidade da existência do fato, a menos que ela realmente acredite que ele não exista”¹⁰¹⁷. Demais disso, talvez por haver lecionado na Faculdade de Direito da Universidade de Iowa, entre 1916 a 1946, o jurista do Kansas invocou precisamente o Código Penal de Iowa para complementar o MPC, e assim procedeu buscando introduzir a ideia do “homem médio”, colocado no lugar do indivíduo que se supõe ter deliberadamente ignorado fato ou circunstância relevante que faria com que obtivesse o conhecimento pleno da ilicitude da conduta.

3.4.3 Concepções de Jonathan Marcus

Em sentido oposto, Jonathan Marcus¹⁰¹⁸ entende que os problemas gerados pela teoria da ignorância deliberada devem ser resolvidos através de uma nova definição ampla de “conhecimento”, isto porque a equiparação entre o conhecimento e a representação de alta

1016 PERKINS, Rollin M. *Knowledge as a Mens Rea Requirement*. In: Hastings Law Journal. v. 29, p. 963, 1977-1978.

1017 “Whenever knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person believes that it probably exists. And one is deemed to have knowledge of what he would have known if he had not deliberately avoided knowing. Deliberate avoidance of knowledge may be established by direct proof, or by proof that a person is aware of a high probability of the existence of the fact unless he actually believes that it does not exist”. (PERKINS, Rollin M. *Knowledge as a Mens Rea Requirement*. In: Hastings Law Journal. v. 29, 1977-1978. p. 965).

1018 MARCUS, Jonathan L., *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*, in The Yale Law Journal, 102, 1993, p. 2236-2248, citado por RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 85.

probabilidade, aludidos pelo *Model Penal Code*, na seção 2.02.7, parte da premissa de que o agente, em ambos os casos, expressa em termos iguais a mesma indiferença face aos valores que subjazem à proibição criminal.

Agrega o jurista de Yale que melhor seria abandonar a cegueira deliberada e tratar exclusivamente do elemento cognitivo e, paralelamente, reputa contraditório o fato de o *Model Penal Code* determinar que alguém possa representar a alta probabilidade da existência de um fato e, ao mesmo tempo, prever que haja a possibilidade de o sujeito crer que tal fato não exista, razão por que sugere a eliminação da parte final da multicitada seção 2.02.7.

Marcus finaliza seu ponto de vista defendendo a ideia de que, se houvesse uma correta aplicação da questionada seção 2.02.7, inexistiria a necessidade de se provar algo tão complexo, como a existência de uma intenção consciente de evitar a verdade. Desta forma, se observa uma clara aproximação deste entendimento com a doutrina do dolo eventual, existente na *civil law*, como, aliás, assinala Ragués i Vallès¹⁰¹⁹.

3.4.4 Concepções de Robin Charlow

Segundo a concepção de Robin Charlow, as situações que ensejam a aplicação da teoria da ignorância deliberada não podem ser genericamente alinhadas aos casos de *knowingly*, isto porque estão verdadeiramente situados entre o *knowingly* e a *recklessness*. E por motivo idêntico os graus de culpa, não podem ser simploriamente equiparados, mas, ao contrário, devem ser posicionados num nível intermediário. Charlow entende que a solução impõe que sejam estatuídas disposições específicas relativamente aos crimes nos quais se pretende equiparar ignorância voluntária à situação de efetivo conhecimento, e para explicitar seu pensamento ela alerta que, ao punir o agente que tem conhecimento, se almeja condenar a sua vontade de agir, em conjunto com sua crença em fazer voluntariamente o que é errado, mas ao punir um sujeito que age com desconsideração (*recklessness*), não se pode conferir a mesma carga punitiva, pois, do contrário, ele estaria sendo posicionado no mesmo patamar do sujeito que verdadeiramente foi obstinado em violar a lei. E arremata, ao ponderar que, aquele que sabe do erro e do desvalor social, e ainda assim escolhe cometer o crime, não pode ser colocado no mesmo nível daquele que está à beira do conhecimento, mas demonstra insensibilidade e segue adianta com sua ação.

1019 RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 87.

Tencionando instrumentalizar sua proposta, Charlow aponta quais seriam os requisitos necessários ao estabelecimento de uma ponte de equidade entre conhecimento e ignorância voluntária. São eles: a) o sujeito deve dispor de muito boa informação acerca da existência de um fato que converte a sua conduta em ilícita; b) a conduta do sujeito tem que se implementar com um alto grau de probabilidade de que o tipo penal realmente existe; c) a omissão deliberada do sujeito em averiguar se o fato criminoso poderá ocorrer ou não; d) deve haver evidências de que o agente buscou, no caso concreto, se esquivar do conhecimento que estava ao seu alcance, precisamente para evitar eventuais responsabilidades penais¹⁰²⁰.

Cumprir destacar que o primeiro requisito deve ser aferido pela ciência de alta probabilidade, segundo os critérios cognitivos do “homem médio”; o segundo requisito deve se referir a uma situação de “praticamente certeza” de que algo está sendo feito errado; o terceiro requisito deve apontar para uma conduta propositalmente omissiva; e o quarto requisito conduziria a uma atitude dissimulatória preventiva, voltada a justificar previamente o não conhecimento do agente, caso venha ele a ser implicado no crime. Naturalmente, não se deve presumir que essa evitação de consciência será sempre motivada por razões maléficas, contudo, se elas se fizerem presentes o grau de culpabilidade do agente se mostrará tão acentuado e tão grave quanto o daquele que agiu com pleno conhecimento dos fatos criminosos aos quais aderiu, pois, “aquele que comete um ato criminoso na presença destes quatro fatores provavelmente é tão insensível e indiferente como aquele que realmente sabe que está a agir criminosamente. Na presença destes quatro fatores sugeridos, parece razoável concluir que o ignorante deliberado será, geralmente, tão malevolente quanto o sujeito que tem o pleno conhecimento¹⁰²¹.

Alexander F. Sarch¹⁰²² dispara duas críticas contra a concepção de Charlow e, para tanto, argumenta que: a) os argumentos ostentam natureza especulativa, porque em momento algum empregam um princípio explícito sobre os graus de culpabilidade que devem ser imputados aos sujeitos; b) há uma presunção de que todos aqueles que decidem permanecer na ignorância é porque agem com uma motivação mal-intencionada, e tal suposição conduziria à conclusão que os sujeitos seriam “tão insensíveis e indiferentes em relação à criminalidade dos seus atos como aqueles que têm o pleno conhecimento destes”. Contudo,

¹⁰²⁰ CHARLOW, Robin. Ob. cit., p. 1417.

¹⁰²¹ CHARLOW, Robin. Ob. cit., p. 1417-1418.

¹⁰²² SARCH, Alexander F. *Willful ignorance, culpability and the criminal law*. In: *St. John's Law Review*. v. 88, 2014, p. 1055-1056.

adverte ele ser perfeitamente admissível que o agente seja sensível em relação à criminalidade da sua conduta, ou que nutra complacência com as previsíveis vítimas do crime¹⁰²³.

3.4.5 Concepções de Douglas Husak e Craig Callender

Ainda em 1994, Douglas Husak e Craig Callender tentaram delimitar os contornos jurídicos da *willful blindness*, e para tanto sustentaram a necessidade de verificação de três elementos na conduta do réu para que se pudesse afirmar ter ele agido em estado de ignorância deliberada. Sustentaram que: a) o arguido deve nutrir uma suspeita justificada acerca da presença de elementos objetivos do tipo em sua conduta¹⁰²⁴; b) é necessário haver disponibilidade da informação desprezada pelo agente, o qual deve ter meios de obtê-la por meios “viáveis, rápidos e ordinários”; c) deve existir motivação para que o agente opte por se manter alheio às evidências de que está tomando parte numa conduta criminoso, e assim procede com a vontade consciente de se eximir de responsabilização futura, caso venha a ser descoberto. Relativamente ao primeiro requisito proposto por Husak e Callender, talvez por excesso de zelo, Christian Laufer e Galvão da Silva¹⁰²⁵ ainda ponderam que não se pode admitir a ocorrência de cegueira deliberada nas situações em que o desconhecimento do arguido é fruto de mera estupidez ou falta de curiosidade. Aliás, a depender do grau de estupidez o agente poderá se beneficiar inclusive do instituto da inimputabilidade penal.

3.4.6 Concepções de David Luban

Em 1999, David Luban sustentou a ideia de que a cegueira deliberada seria uma espécie de “estratégia moral” do agente implicado, posto que buscava se eximir de um dilema moral ao optar pelo cometimento de um crime. Por isso mesmo, o indivíduo optava deliberadamente por ignorar dados relevantes de sua própria conduta de molde a torná-la menos grave, pelo menos a seus próprios olhos. Daí advém a analogia com o comportamento da avestruz, que insere a própria cabeça dentro de um buraco para não enxergar aquilo que é evidente e se

¹⁰²³ O autor dá o exemplo do sujeito que tem a capacidade de gerar empatia facilmente com as pessoas e, por isso, tem sempre grandes preocupações em não criar impactos negativos a estas. Tal sujeito pode decidir permanecer na ignorância precisamente para poupar-se da culpa que sentiria se agisse com o conhecimento de que a sua conduta resultaria lesiva para essas mesmas pessoas. (SARCH, Alexander F., Ob. cit., p. 1055).

¹⁰²⁴ Devem ser consideradas tão somente aquelas situações nas quais existem razões suficientemente objetivas para desconfiar da ilicitude da conduta, afastando-se naturalmente suspeitas tipicamente paranoicas.

¹⁰²⁵ LAUFER, Christian; SILVA, Robson Galvão. A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal brasileiro. Boletim IBCCrim. v. 204, 2009. p. 2. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3980-A-teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-direito-penal-brasileiro. Acesso em: 23.01.2023.

encontra à sua volta. O jurista sustenta ainda que o indivíduo pode até ser equiparado a uma raposa quando decide cometer a conduta ilícita, mas se vale de uma conduta omissiva por comissão para se proteger de uma futura responsabilização criminal. Aliás, partilhando dessa ideia Ragués i Vallès elaborou primoroso artigo dedicado ao mesmo tema, sob o título “*Mejor no saber*”¹⁰²⁶.

Luban acrescenta que o agir nesse sentido se reveste de manto ainda mais gravoso, eis que há um cálculo agregado de premeditação do agente, cuja motivação constitui o requisito de maior relevância, e por isso advoga a tese de que, em tais circunstâncias, deverá o indivíduo “ignorante deliberado” ser mais severamente reprovado, tal como aquele que conhece todas as circunstâncias do crime e resolve aderir ao ilícito com dolo direto. *Mutatis mutandi*, sendo a conduta compatível com aquela própria da avestruz, a sanção aplicável deve ser de menor monta.

3.4.7 Concepções de Ragués i Vallès

Igualmente dedicado ao tema, Ramon Ragués i Vallès estabeleceu, no início do século XXI, alguns contornos sobre o alcance da ignorância deliberada. Rejeita parcialmente as ideias de Husak e Callender, bem como as concepções de Luban, alertando especialmente para a dificuldade em esclarecer se a ignorância deliberada é fruto de um desejo consciente de não saber, ou se decorre de mera estupidez do agente. Sustenta ainda que o desconhecimento do agente deve ser voluntário ou, ao menos consciente, pois, do contrário consistirá em mera ignorância involuntária. E adverte que a decisão de não conhecer o caráter ilícito da conduta não pode ser confundida com os motivos que conduziram o arguido a buscar o estado de ignorância deliberada.

Assim, com o propósito de resolver os déficits apontados nas concepções alheias, Ragués i Vallès propõe a aferição de quatro requisitos, a saber: a) ausência de conhecimento suficiente dos elementos do tipo penal¹⁰²⁷, b) capacidade de obter a informação ignorada, uma vez que só se pode dizer que decidiu ignorar deliberadamente o indivíduo que possuía condições de conhecer, levando-se em conta sua condição pessoal e sua escolaridade, para, a partir delas, extrair sua capacidade ou incapacidade de obter o conhecimento necessário

1026 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal*. In *Discusiones XIII*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6t0m6>. Acesso em 23.01.2023.

1027 Se o agente não dispõe dos conhecimentos que permitem afirmar que agiu com o grau de representação exigido pelo elemento subjetivo do tipo respectivo, quando de sua ação, esta não chegou a ser dolosa.

acerca da realização da conduta típica¹⁰²⁸; c) dever de obtenção da informação ignorada¹⁰²⁹; d) deliberação voluntária do agente em não conhecer as circunstâncias subjacentes do ato que motiva sua ação ou sua omissão¹⁰³⁰. Conclui sintetizando que o estado de ignorância deliberada é aquele no qual o agente, que pode e deve conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, ainda assim, deliberada ou conscientemente, toma a decisão de manter-se em estado de ignorância em relação a elas.

Ragués i Vallès justifica sua posição aduzindo que a presença dos quatro critérios de aferição por ele propostos servem para viabilizar a punição daqueles que atuam em “estado de ignorância deliberada em sentido estrito”, posto que a falta de conhecimento da concorrência, em um determinado comportamento, dos elementos de uma figura delitiva, impediria reputar a conduta como dolosa, e conduziria à impunidade, pelo menos segundo o entendimento majoritário da doutrina e dos sistemas penais continentais. E finaliza pontuando que nas hipóteses em que o agente decide permanecer cego, resultaria insatisfatório deixar impune sua conduta, assim como pareceria inadequado admitir que aquele que evitou conhecer agiu de forma meramente negligente. Para densificar seu ponto de vista, o jurista de Barcelona propõe uma hipótese de que o diretor de uma empresa emitisse uma ordem a seus subordinados para que não recebessem qualquer notificação oficial; ou ainda, que o mesmo diretor divulgasse a criação de um e-mail para receber comunicações sobre irregularidades no funcionamento da empresa, ainda que, à partida, soubesse que jamais acessaria o conteúdo da caixa do tal e-mail.

3.4.8 Concepções de Luis Greco

Greco expõe suas críticas à teoria da cegueira deliberada através de artigo no qual põe em causa as concepções de Ragués i Vallès¹⁰³¹. Aduz que se trata de uma teoria dotada de uma pequena importância científica, mas de grande importância prática, e que provavelmente

1028 Observe-se que essa capacidade cognitiva deve se protrair por toda a realização da conduta típica, seja ela omissiva ou comissiva, de modo que a intenção de desconhecer o que pode ser conhecido reforce a indiferença do agente em relação aos bens jurídicos objetos da tutela penal.

1029 Esse ônus é inerente a qualquer modelo de imputação subjetiva, no qual vige o princípio da culpabilidade, pois só é possível responsabilizar alguém pela falta de conhecimento se houver o dever de conhecer o conteúdo ignorado, mediante cautelas próprias das regras de experiência de atenção aos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos a interesses alheios.

1030 A opção pela ignorância deve ser voluntária ou consciente, podendo traduzir-se em ações concretas que se destinem a evitar a informação, mas também através de omissões do dever de conhecer.

1031 GRECO, Luis. *Comentario al artículo de Ramón Ragués*. In: *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Sección I: Discusión, nº XIII. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. p. 67-78.

não mereceria adequação no direito positivo argentino ou espanhol. Inicia suas considerações aludindo ao caso do arguido que teria transportado dinheiro a um paraíso fiscal, alegando desconhecer que o numerário era proveniente do tráfico de drogas. Segundo o jurista brasileiro, a hipótese não passa de dolo eventual, pois o arguido não precisava saber que o dinheiro por ele transportado seria produto deste ou daquele crime, sendo suficiente saber que se tratava de produto de um crime. Agrega que, quando o comportamento em si conduz à consciência de que algo pode acabar errado, já traz ínsito o sentido de algum risco a um bem jurídico, e tal consciência, na maioria dos casos, se mostra suficiente para justificar o dolo eventual.

Greco exemplifica seu raciocínio argumentando que quem coloca uma bomba-relógio em algum lugar pode estar dormindo no momento da explosão; mas tem o conhecimento subjacente do crime que cometeu, pois, a consciência do desvalor da ação deve existir no momento da prática da ação que viola a regra, e não no momento do resultado. Por tudo isso, conclui que a maioria dos casos alegados como sendo de ignorância deliberada são, de fato, situações em que o arguido age com dolo eventual, posto que atua com a consciência da possibilidade de um risco, o que é suficiente para caracterizar o dolo eventual, ou então, que a ignorância subsequente é o resultado de uma situação de conhecimento prévio, de modo que o comportamento anterior justificaria a responsabilidade por dolo eventual.

Ainda que se oponha explicitamente à perspectiva de Ragués i Vallès, no que diz respeito a hipótese da impunidade dos delitos que não admitem a modalidade culposa, Luís Greco chega a reconhecer o manejo de um argumento dotado de plausibilidade intuitiva por parte de seu colega catedrático da Universidade de Pompeu Fabra. Sua crítica, contudo, se volta à diferenciação entre as ordens das razões da ignorância, que conduzem às analogias com a avestruz e com a raposa, mas adverte que a distinção entre dolo eventual e crime culposos nada tem a ver com a estrutura mais ou menos altruísta da motivação do autor, isto porque inexistem dolo-altruísta, tampouco culpa-egoísta.

Greco finaliza sua crítica à construção da teoria da cegueira deliberada asseverando que em Estados cujos sistemas normativos adotam o princípio da legalidade, há obstáculos à adoção da *willful blindness*, e nesse sentido argumenta que tanto em Espanha (art. 14, nº 1 do CP), como na Argentina (art. 34, nº 1 do CP), existem regras expressas versando sobre o erro de tipo, e segundo as quais a ignorância quanto ao tipo objetivo exclui a possibilidade do dolo eventual. Nesse sentido, aponta tanto a legislação alemã (§16 do StGB), quanto a lei penal brasileira (CP, art. 20, *caput*).

3.5 Cegueira deliberada e atuação profissional dos advogados

Constitui ponto pacífico na doutrina jurídica de praticamente todos os Estados empenhados no combate ao branqueamento, que as organizações dedicadas à criminalidade econômica usualmente instrumentalizam certos segmentos da economia ou do mercado financeiro para conferir aparência lícita às vantagens financeiras de origem espúria que são obtidas em suas atividades criminosas. Bem por isso, as legislações de tais Estados qualificam os profissionais que atuam tanto nos setores financeiros, quanto nos setores não-financeiros sensíveis, como *gatekeepers*, isto é, aqueles que devem colaborar para a proteção de bens jurídicos pela denegação de auxílio ou colaboração com potenciais delinquentes. Destarte, os operadores de tais setores devem aderir às políticas de prevenção à lavagem de ativos financeiros, e caso criem um risco não permitido de mascaramento, colaborem causalmente com o resultado concreto, dentro do âmbito de abrangência da norma, e tenham dolo referente ao comportamento típico, serão partícipes do crime de branqueamento.

No Brasil, em paralelo aos deveres de prevenção fixados na Lei nº 9.613/98, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) chegou a editar a Resolução nº 24/2013¹⁰³², para disciplinar os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do §1º do art. 14 do diploma brasileiro antibranqueamento, contudo, o mesmo COAF revogou tal resolução alguns anos depois¹⁰³³. Em todo caso, o refluir administrativo do COAF

1032 BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 24/2013. Art. 1º A presente Resolução tem por objetivo estabelecer normas gerais de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, sujeitando-se ao seu cumprimento as pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, nas seguintes operações: I - de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; II - de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; III - de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; IV - de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; V - financeiras, societárias ou imobiliárias; e VI - de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-revogadas/resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-revogada-pela-resolucao-no-34-de-15-de-abril-de-2020#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,do%20%C2%A7%201%C2%BA%20do%20art..> Acesso em: 24.01.2023.

1033 BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 23/2020. Revoga a Resolução nº 24, de 16 de janeiro de 2013, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio

não tem o condão de eliminar deveres de prevenção fixados em lei editada pelo Congresso Nacional brasileiro.

Sucedem que o mero descumprimento dos deveres de prevenção legalmente impostos aos setores financeiros e não-financeiros sensíveis não é suficiente para a imputação de branqueamento, a título de participação, sendo necessário que os órgãos de investigação ou de persecução criminal provem não apenas um liame entre tal descumprimento e a concretização dos atos de lavagem, por ocultação ou dissimulação das vantagens ilícitas, como ainda que demonstrem o dolo (direto ou eventual) dos profissionais que se permitiram instrumentalizar pelas organizações criminosas. Por outro lado, se um empregado bancário deixar de comunicar ao COAF uma transação suspeita, terá criado uma situação de risco não permitido de branqueamento, e nessa hipótese, a violação da norma legal de cuidado já será suficiente para fazer incidir as sanções administrativas previstas no art. 12 da Lei nº 9.613/98, mas não bastante para caracterizar uma participação penal, a qual somente restará caracterizada se comprovado que a omissão do agente bancário tinha o escopo de favorecer a ocultação ou dissimulação das vantagens ilícitas, vale dizer, se havia dolo de contribuir para a consumação do delito, isto porque a não comunicação culposa será reputada penalmente irrelevante. Em todo caso, pelo menos no Brasil persiste severa controvérsia sobre a regulação da atividade do advogado como agente de colaboração no combate ao branqueamento.

Consoante já salientado no capítulo 2 deste trabalho, tanto o ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 9.613/98, art. 9º, § único), quanto o ordenamento português (Lei nº 83/2017, art. 4º, nº 1), estatuíram algumas pessoas ou entidades, como setores não-financeiros sensíveis ao branqueamento, e em relação às quais foram atribuídos deveres de prevenção. A diferença entre os dois diplomas é que a lei portuguesa, na alínea “f” do dispositivo acima aludido, explicitou que “advogados, solicitadores, notários, e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual” estão sujeitos aos diversos deveres de prevenção (controle, identificação e diligência, comunicação, abstenção, recusa, conservação, exame, colaboração, não divulgação, formação). Já a lei brasileira, contemplou os advogados de forma implícita, através do inciso XIV do dispositivo acima referido, segundo o qual “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente,

regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, nas operações de que trata o inciso XIV do parágrafo único do seu art. 9º. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-de-mera-alteracao-ou-revogacao/resolucao-no-34-de-15-de-abril-de-2020#:~:text=Usado%20para%20limitar%20solicita%C3%A7%C3%B5es%20ao,taxa%20de%20requisi%C3%A7%C3%B5es%20ao%20portal>. Acesso em: 24.01.2023.

serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações”, devem ser sujeitar às obrigações assinaladas nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98.

É oportuno destacar que o rol de deveres de prevenção fixados pela lei brasileira se mostra bem menos extenso do que aquele fixado pela norma portuguesa. Com efeito, no Brasil, os deveres de prevenção se resumem às obrigações seguintes: a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; b) manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por ela expedidas; c) dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; d) cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no COAF, na forma e condições por eles estabelecidas; e) atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas; f) dispensar especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; g) comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: g.1) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; g.2) das operações referidas no inciso I; h) comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

É indubitável que dentre as atividades inerentes à profissão dos advogados estão os serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência, nas operações indicadas¹⁰³⁴, entretanto, apesar disso, no Brasil se verifica uma absoluta resistência dos advogados em se submeterem aos deveres de prevenção ao branqueamento, e para tanto, ainda em 2012, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil enviou a matéria à análise de sua Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, a qual se posicionou no

¹⁰³⁴ Frise-se que o texto da Lei nº 9.613/98, a contar da reforma produzida pela Lei nº 12.683/2012, corresponde praticamente à antiga Recomendação nº 12 do GAFI.

sentido de que os advogados e as sociedades de advocacia não deveriam sequer fazer cadastro no COAF, tampouco tinham o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional¹⁰³⁵.

Dentre os que se alinham com a posição institucional e corporativa da OAB, argumenta-se igualmente sobre o conteúdo do Código de Ética e Disciplina, em cujos arts. 25 e 26 também estaria contemplado o sigilo profissional como um valor inerente à profissão. Quanto ao tema, sustenta Edson Pinto que “o advogado que descumprir este artigo será processado pelo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem. É dever do advogado (*ad vocatus* – a voz do outro, o que fala pelo outro) defender os interesses de quem lhe confiou a causa”¹⁰³⁶.

É curioso, entretanto, que na defesa do sigilo profissional muitos passem ao largo de outros deveres legais impostos aos advogados, e cuja violação configura inclusive infração disciplinar, nos moldes dos incisos VI, VII, XIV, XVII e XVIII, todos do art. 34 da Lei nº 8.906/94¹⁰³⁷. Tal discussão tem sido travada em diversos países, gerando inclusive intensos debates judiciais¹⁰³⁸, razão por que o tema veio a ser disciplinado em diversas normativas internacionais, notadamente as Diretivas do Parlamento Europeu.

1035 Ementa: Lei 12.683/12, que altera a lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, estatuto da Ordem (lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das seccionais e comissões de prerrogativas nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los (CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir Filgueiras. OAB analisa constitucionalidade da nova lei de lavagem de dinheiro). Disponível em: <https://www.sedep.com.br/noticias/oab-analisa-constitucionalidade-da-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 24.01.2023.

1036 PINTO, Edson. Lavagem de capitais e paraísos fiscais. São Paulo: Atlas, 2007. p. 134.

1037 Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 34. Constitui infração disciplinar: (...). VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional; XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la; XVIII - solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta (...).

1038 RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e Lavagem de Dinheiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-299; DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 129-140. Sobre a discussão na Espanha: ALONSO GONZÁLEZ, Ana Belén. *Coparticipación en el delito y “actos neutrales”*. Donde fijar la línea divisoria en la actuación del abogado? *Acta Juridica*. Pamplona: Aranzadi, n. 843, p. 5. 2012. Sobre a discussão nos EUA e Canadá: ABEL SOUTO, Miguel. *Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988, hasta la reforma de 2003*. In: *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. n. 20. v. 2, 2005. p. 26.

3.5.1 UIF e os obrigados ao dever de cooperação

Os acordos internacionais que resultaram em normativas voltadas à prevenção do branqueamento resultaram da percepção pacífica de que as operações de ocultação e dissimulação de vantagens ilícitas são frequentemente implementadas com a junção entre capitais lícitos e espúrios¹⁰³⁹, e tal mescla proposital normalmente só é detectada por atores especializados na identificação de anomalias ou irracionalidades nas operações de negócio¹⁰⁴⁰, para assim extrair indicativos de conduta branqueadora. Precisamente por isso é que o grande desafio das autoridades públicas é diferenciar atividades financeiras lícitas e saudáveis para o sistema econômico, daquelas outras que se mostram contaminadas pelo dinheiro sujo que precisa ser dissimulado.

A sofisticação metodológica das práticas branqueadoras, aliada à complexidade inerente a algumas espécies de transações financeiras, e à sua acentuada curva evolutiva¹⁰⁴¹ produzem um cenário de informação assimétrica, pois é consenso que os branqueadores sempre estão muito adiante da capacidade investigativa estatal. Portanto, em busca de equacionar esse déficit de informações, é essencial que se realize uma análise de inteligência financeira¹⁰⁴², a partir de informações que somente se tornam disponíveis através da efetiva colaboração e empenho dos setores financeiros e não-financeiros sensíveis. Sem dados não há meios de produzir inteligência financeira e inibir a massificação das práticas branqueadoras.

Não se trata de transformar profissionais e empresas privadas em agentes da perseguição do Estado. Tem-se, na verdade, uma situação em que os organismos públicos estatais se mostram insuficientes para fazer face aos riscos e resultados lesivos produzidos pelo branqueamento de capitais, o qual não respeita sistemas econômicos nacionais, tampouco soberanias estatais. E nesse cenário, “saber é poder”, pois somente o conhecimento técnico

1039 GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Barcelona: J. M. Bosch, 2014. p. 219 e ss.

1040 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 35.

1041 Sobre os métodos de fraude aplicados através de novos meios de pagamento, tais como cartões pré-pagos, serviços de transferência pré-pago, *cash vouchers*, dentre outros: GAFI. *Money laundering using New Payment Methods*. Paris: GAFI, 2010. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Moneylaunderingusingnewpaymentmethods.html>. Acesso em 20.01.2023.

1042 DELEANU, Ioana. *The role of information for successful AML policy*. In: UNGER, Brigitte; LINDE, Daan van der (org.). *Research handbook on money laundering*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 462; GAFI, *Guidance for a risk-based approach*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatfguidanceontherisk-basedapproachto combatingmoneylaunderingandterroristfinancing-highlevelprinciplesandprocedures.html>. Acesso em: 20.01.2023.

sobre os métodos de lavagem e das atividades suspeitas pode propiciar a identificação indiciária do branqueamento, para que possam ser deflagradas as atividades de investigação e persecução criminal¹⁰⁴³.

Portanto, a atividade repressiva do Estado está intimamente ligada à colaboração de setores sensíveis que, não raro, são instrumentalizados para consecução do branqueamento de capitais¹⁰⁴⁴. Com efeito, sem a cooperação dos setores sensíveis (financeiros e não-financeiros), a ser implementada mediante o fornecimento de dados acerca de operações suspeitas, será impossível aos órgãos estatais de investigação e persecução penal compensar a assimetria de informações. Não se trata de uma questão de utilidade, mas de necessidade. Por isso, o fomento ou a prevenção ao branqueamento residem fundamentalmente no destino dado às informações sobre operações suspeitas¹⁰⁴⁵.

Nesse cenário, em paralelo à criminalização do branqueamento, se mostra absolutamente necessária a adoção de rigorosas regras de prevenção, as quais se encontram escalonadas, tanto internacionalmente, quanto nos ordenamentos brasileiro e português, em duas estratégias principais: a) criação de órgãos especializados de prevenção, normalmente conhecidos como Unidades de Inteligência Financeira (UIF); b) imposição de obrigações a pessoas físicas e jurídicas do setor privado, e que atuam em setores considerados sensíveis, eis que facilmente instrumentalizáveis pelo crime organizado¹⁰⁴⁶.

É certo que as unidades de inteligência financeira podem dispor de uma atuação meramente preventiva, amparadas num modelo administrativo regulatório de operações de

1043 “An AML system is completely inefficient when the law enforcement agencies cannot observe the nature of the financial transactions happening in the financial system. If that is the case, money laundering transactions yield more benefits than non-money laundering transactions, and assuming rational financial agents, the non-crime related transacting parties would be taken out of the market” (DELEANU, Ioana. Ob. cit., p. 463). No mesmo sentido: ASMAT COELLO, Diana Marisela. *Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos*. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (org.). *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista, 2015, p. 421.

1044 Na reforma da Lei nº 9.613/98, ocorrida em 2012, o legislador brasileiro buscou fortalecer as medidas preventivas, impondo sanções a comportamentos intermediários à realização do branqueamento. Nas lições de Saad-Diniz: “Contrapõem-se, então, a especialização das formas de lavagem ao anacronismo institucional na formulação de políticas de combate e prevenção” (SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVA, Bruna de Castro; PEIXOTO, Leonardo. Modificações estruturais do sistema penal antilavagem: um novo lugar para a teoria das normas penais? In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, jan. 2012. p. 8-9.

1045 ASMAT COELLO, Diana Marisela. Ob. cit., p. 421.

1046 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção da ONU contra a delinquência organizada transnacional. Art. 7º: “Estabelecerá um amplo regime interno de regulamentação e supervisão dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando pertinente, de outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente susceptíveis de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir todas as formas de lavagem de dinheiro. Este regime se baseará nos requisitos relativos à identificação do cliente, estabelecimento de registros e denúncia de operações suspeitas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 20.01.2023.

risco, e voltadas à formação de bancos de dados a ser disponibilizado aos órgãos de investigação e persecução penal. Em tal hipótese, as UIF's se limitarão basicamente a coletar informações, analisá-las, preparar relatórios de inteligência financeira, para enviá-los à polícia judiciária, ou ao Ministério Público. Todavia, as UIF's poderão também ser concebidas para uma atuação de índole coercitiva, tanto na via administrativa, quanto na via judicial, e nesse caso terão competência legal para investigar e aplicar sanções em caso de detecção de operações suspeitas, contando naturalmente com o apoio e suporte de outros organismos estatais, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário. E finalmente, as UIF's podem operar a partir de um modelo híbrido, que incorpore características de ambos os modelos anteriores¹⁰⁴⁷. A atividade realizada por tais órgãos de inteligência consiste em modalidade de intervenção estatal direta nas políticas de prevenção ao branqueamento, enquanto os deveres de colaboração do setor privado representam ações de intervenção indireta¹⁰⁴⁸.

Examinando as mesmas entidades, Silva Sánchez prefere utilizar os rótulos de gestão de riscos, direta ou indireta¹⁰⁴⁹. No plano interno brasileiro, além do COAF, principal órgão de prevenção ao branqueamento, atuam outras entidades especializadas, tais como: a) o Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais (DECIC), que integra o Banco Central do Brasil (BACEN); b) o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), que integra o Ministério da Justiça; c) diversas varas criminais especializadas no combate à lavagem de dinheiro, a maioria delas integrantes da estrutura de tribunais regionais federais¹⁰⁵⁰. Frise-se que o COAF brasileiro adota o modelo administrativo de prevenção e controle.

1047 Grupo Egmont: associação internacional das UIF's que agrupa informações sobre reportes de operações suspeitas e cujo objetivo é potencializar o grau de especialização de cada unidade nacional na prevenção da lavagem de dinheiro. Segundo o Grupo Egmont, existem quatro modelos de UIF: a) judicial, b) de reforço do cumprimento da lei (*Law Enforcement Model*), c) administrativo e d) híbrido. O modelo judicial é estabelecido dentro do poder judiciário, onde denúncias de operações suspeitas são recebidas pelas agências de investigação diretamente do setor financeiro e podem transformar-se em intervenções judiciais, como confisco de fundos, congelamento de contas, interrogatórios, prisões e busca e apreensão. O modelo de reforço do cumprimento da lei implementa medidas antilavagem paralelamente ao sistema jurídico já existente, dando suporte aos múltiplos mecanismos jurídicos e autoridades judiciais, muitas vezes com competência jurisdicional para investigar a lavagem de dinheiro. O modelo administrativo é composto de uma autoridade administrativa centralizada, independente, que recebe e processa informações do setor financeiro e transmite estas denúncias ao sistema judicial para persecução criminal. Esse sistema funciona como uma ponte, um órgão regulador entre o setor financeiro e as autoridades de reforço legal. O modelo híbrido, por fim, serve como um intermediário de denúncias sobre operações de lavagem e uma ligação entre o sistema jurídico e as autoridades de reforço do cumprimento da lei, combinando características de dois dos modelos acima definidos. Disponível em: <https://egmontgroup.org/>. Acesso em: 20.01.2023.

1048 BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 306.

1049 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011. p. 135.

1050 No Brasil, além do COAF, há outros órgãos (administrativos e judiciais) especializados nas ações de detecção do branqueamento, tais como: a) Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais, do Banco Central

Contudo, nesta etapa do trabalho, o que atrai nossa atenção são os métodos de intervenção indireta, afetos aos atores privados dos segmentos sensíveis (financeiros e não-financeiros), que se transformam em ativos fundamentais ao êxito do processo preventivo. Aliás, de acordo com estudos criminológicos, esse grupo de agentes privados deveria ser percebido como colaboradores, e não como alvos potenciais de sanções estatais¹⁰⁵¹, mas quanto a isso é preciso que tais agentes do setor privado consigam assimilar a relevância de sua atuação, para que tenham aderência aos deveres de colaboração. Do contrário, apenas farão coro a um discurso um tanto hipócrita de que é necessário combater o branqueamento, desde que somente os outros sejam recrutados como “soldados desta guerra”. É como se todos quisessem “se servir da omelete, mas desde que não precisassem quebrar os ovos”. Por outro lado, sem a colaboração destes agentes privados se torna muito mais difícil o acesso a informações que, historicamente, são protegidas por sigilo¹⁰⁵², tal como se observa nas operações bancárias, ou até mesmo o caso das aquisições de obras de arte¹⁰⁵³.

Portanto, num cenário de íntima conexão entre a concepção de políticas públicas de prevenção ao branqueamento de ativos e o necessário e decisivo apoio dos atores privados de segmentos sensíveis (financeiros e não-financeiros), há de existir harmonização de regras preventivas e de medidas administrativas de prevenção, por meio do disciplinamento das atividades sensíveis e da adoção obrigatória de sistemas de *compliance*, pois se ausentes tais providências nos âmbitos internos dos Estados, pouca ou nenhuma valia terão os esforços internacionais voltados à harmonização normativa dirigida à repressão do branqueamento de ativos ilícitos.

(DECIC), b) varas criminais especializadas, c) Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) no Ministério da Justiça, d) Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), integrado pelo COAF, Conselho da Justiça Federal, Advocacia-Geral da União, Casa Civil da Presidência da República, Agência Brasileira de Inteligência, Banco Central, varas criminais especializadas, Ministério Público Estadual e Departamento de Investigações sobre o Crime Organizado (BARROS, Marco Antônio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. In: Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina. v. 13. n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 435).

1051 “*Citizens and companies, subjects of the law, are treated as resourceful actors, rather than ignorant children who have to be taught a lesson. As a consequence, it is hoped that rule observation could be realized by intrinsic rule internalization, rather than by extrinsic threats with carrots and/or sticks. Thus it promises to enhance not only the effectiveness and efficiency of regulations, but also their legitimacy*” (UNGER, Brigitte; VAN WAARDEN, Frans. *Attempts to dodge drowning in data: rule and risk based anti-money laundering policies compared*. In: *Tjalling Koopmans Research Institute. Working paper*. Utrecht: Utrecht University, aug. 2009. p. 4). Disponível em: https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2009_09-19.pdf. Acesso em: 20.01.2023.

1052 BOTTINI; Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 35.

1053 DE SANCTIS, Fausto Maritn. Crime organizado e lavagem de dinheiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 117-123.

3.5.2 Advogados e os deveres de cooperação

Conforme já assinalado linhas atrás, inobstante a clareza solar do art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, subsiste no Brasil uma polêmica jurídica quanto ao dever legal de comunicação de atividades suspeitas, por parte dos advogados. De fato, sob possível influência da teoria do direito penal do inimigo¹⁰⁵⁴, alguns defendem inclusive que um acusado do crime de branqueamento de capitais não teria sequer o direito de constituir um advogado particular, e que deveria ter seus interesses patrocinados obrigatoriamente por um defensor público indicado pelo Estado. Contudo, aparentemente essa ideia seria incompatível com alguns preceitos da Constituição Federal brasileira, a qual assegura, em seu art. 5º, inciso LV, aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os recursos que lhe são inerentes¹⁰⁵⁵. Em paralelo, invoca-se ainda o art. 133 da Constituição Federal do Brasil, segundo a qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Ao que parece, esse dispositivo constitucional aponta o caminho hermenêutico que deve ser percorrido para esclarecer, com segurança jurídica, quais os limites da lei em relação aos profissionais advogados, pois é certo que receber um cliente em seu escritório, ouvir os seus relatos e prestar-lhe assessoria e consultoria jurídicas constituem formas de exercício legal da profissão, entretanto, não se pode olvidar que o aconselhamento do advogado para que o cliente possa realizar ou ultimar com segurança atos de branqueamento de capitais ultrapassa esses limites. Aliás, sustentar o contrário implicaria em reconhecer aos advogados uma espécie de imunidade que os autorizaria a agir como cúmplices.

É certo que a relação do advogado com o cliente é de confiança, como deve ser de confiança a relação do mandante e do mandatário, ou a relação do médico e do paciente, dentre tantas outras. Tal argumento não se afigura idôneo para afastar sumariamente a incidência o dever legal de comunicação previsto no art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, especialmente porque o art. 133 da Constituição Federal brasileira conferiu ao advogado inviolabilidade, nos termos da lei. Portanto, nem mesmo os mais corporativos segmentos da doutrina têm a ousadia de defender que o advogado possa participar dolosamente dos atos

1054 JAKOBS, Günther. Direito penal do inimigo. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47-48.

1055 CF/88, Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

destinados ao branqueamento de capitais, pois, nesse caso, será completamente descabido sustentar a ocorrência de exercício regular da profissão. Muito ao contrário, estar-se-á falando de coautoria ou participação em conduta penalmente típica.

Argumenta-se que, estando o advogado no exercício legal da profissão, não teria a obrigação de delatar os atos de seu cliente, posto que isso seria uma traição. Por isso mesmo, resta forçoso definir quais os limites do exercício legal da profissão, bem como identificar com precisão qual o termo inicial do dever ético de fidelidade do advogado para com o cliente. Obviamente que se está a considerar o advogado enquanto profissional liberal, o qual exerce suas funções em troca de honorários, e precisamente em função de tais honorários é que têm sido travadas acaloradas discussões.

Com efeito, Kai Ambos sustenta que não se pode limitar o direito à percepção de honorários por parte do advogado, numa tentativa de isolamento econômico do capital sujo¹⁰⁵⁶, e aduz que na Bélgica o recebimento de honorários é excluído do tipo penal da lavagem de dinheiro¹⁰⁵⁷. O jurista de Göttingen assevera ainda que a doutrina alemã, de origem idealista, fundamenta a exclusão do recebimento dos honorários no princípio da presunção de inocência, isto porque o advogado deve sempre cogitar e aceitar a hipótese de que seu cliente seja inocente; e tal hipótese seria suficiente, de *per si*, para excluir o seu dolo¹⁰⁵⁸.

Inobstante a autoridade acadêmica do respeitável professor, resta forçoso considerar que seu argumento esteja ideologicamente comprometido, pois não raras vezes os advogados auscultam confissões de culpa de seus futuros clientes, e nem por isso se recusam em patrocinar suas defesas. Aliás, a prosperar o argumento, um tanto ingênuo, de que o advogado deve sempre presumir a inocência de seu cliente, isso implicaria em afirmar que a quase totalidade dos advogados norte-americanos estaria violando tal preceito, ou, pelo menos, agindo com deslealdade, pois, segundo relatos de Pedro Soares de Albergaria, ainda em 2003 a *plea bargaining*¹⁰⁵⁹ já representava 97,1% das demandas criminais dos EUA, segundo dados extraídos do *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*. Daí a absoluta

1056 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 63.

1057 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 84.

1058 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 70.

1059 *Plea bargainig* é um instituto do processo penal norte-americano típico da justiça negociada, no qual tem-se uma negociação acerca do alcance da acusação, inclusive com a possibilidade de que o promotor se comprometa a desclassificar a acusação para uma infração punível com pena inferior, em troca de uma declaração de culpa do réu (*charge bargainig*), ou uma situação na qual o promotor se comprometa a recomendar ao juiz uma sanção de certa natureza (multa em lugar de prisão, por exemplo), com uma determinada medida, ou mesmo não se opor a uma circunstância atenuante invocada pela defesa (*sentence bargainig*).

pertinência das reflexões de Robert Scott e William Stuntz para aduzir que “*a plea bargaining is not some adjunct to the criminal justice system; it is the criminal justice system*”¹⁰⁶⁰.

3.5.3 Omissão dos deveres de cooperação e suas consequências jurídicas

Assinala a doutrina que há dois modelos internacionais que sancionam penalmente a ausência de repasse de informação sobre operações suspeitas de branqueamento: a) punição por lavagem de ativos através de conduta omissiva (crime comissivo por omissão); b) incriminação autônoma da omissão do dever de fornecer informações aos órgãos de inteligência financeira, de investigação ou de persecução criminal. Alemanha, Portugal, Espanha, Argentina, Itália e Chile, por exemplo, adotam o primeiro modelo, vale dizer, admitem a caracterização do branqueamento sob a forma de comissão por omissão. Em paralelo, os ordenamentos internos da Suíça, da Colômbia¹⁰⁶¹ e do Peru dispõem de um tipo penal específico de omissão pura, o qual se configura caso os agentes privados sujeitos aos deveres de cooperação se esquivem de repassar informes sobre operações suspeitas. É oportuna a reflexão sobre cada um dos modelos, e suas consequências jurídicas.

Tendo em consideração a severidade das sanções aplicáveis ao crime de branqueamento na maioria dos países, sobretudo no Brasil, em que a pena máxima alcança o patamar de 10 (dez) anos de reclusão, mas pode ser majorada em até dois terços, se os crimes definidos na Lei nº 9.613/98 forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, não se pode ignorar os estímulos concretos de que a doutrina engendre criativas alternativas penais para que a omissão dos deveres de informação se torne uma conduta impunível, e a estratégia mais frequente tem sido a fragilização do tipo subjetivo. Não à toa a doutrina brasileira já registra estudos nesse sentido, tal como monografia de Brenner Luchessi, sugestivamente intitulada “*Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*”.

Nesse quadro, o que se tem observado são estratégias jurídicas escalonadas, a saber: a) em primeiro lugar, suscitar a inconstitucionalidade do art. 9º, § únicos, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, sob o argumento de que o mesmo estaria a violar o dever de sigilo profissional do

1060 ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra. Almedina, 2007. p. 109.

1061 A Colômbia não apenas mantém um rol fechado de delitos subjacentes ao crime de branqueamento, como ainda fraciona a infração do dever de colaboração dos sujeitos obrigados em dois delitos específicos: a) omissão de adotar medidas preventivas com o fim de favorecer a lavagem, b) omissão de informações sobre operações realizadas em espécie.

advogado, e por via oblíqua ofenderia o princípio constitucional da ampla defesa; b) em segundo lugar, fragilizar os mecanismos de fiscalização dos deveres de cooperação, seja minando o disciplinamento feito pela respectiva UIF (tal como ocorreu através da Resolução nº 34/2020, do COAF), seja conferindo ao próprio órgão cooperativo dos advogados a competência exclusiva para interpretar os limites do que sejam “operações suspeitas”; c) em terceiro lugar, sustentar que a omissão de informações deriva invariavelmente de uma conduta culposa (imprudente), e assim assegurar a impunidade da conduta, eis que o ordenamento brasileiro só contempla o crime de branqueamento na modalidade dolosa; d) em quarto lugar, caso fracassem todas as investidas anteriores, conceber um tipo penal menos grave para tipificar o não cumprimento dos deveres de informar sobre atividades suspeitas.

Vale destacar que eventuais excessos na fixação da moldura penal do branqueamento devem ser objeto de correção por meio do Parlamento, assim como eventuais defeitos de proporcionalidade ou distorções da jurisprudência na aplicação das eventuais penas devem merecer reparo no âmbito do Poder Judiciário, contudo, isto não justifica que uma atitude de aparente resignação do Estado diante da ausência de submissão de agentes e entidades que integram os setores sensíveis aos deveres de cooperação, especialmente quando tais deveres foram fixados em lei, e esta derivou do devido processo legislativo de matriz constitucional.

Nesse caso, a postura de simplesmente ignorar a lei representa o mesmo que afrontar a Constituição Federal, cuja observância é cogente para todos (ou pelo menos deveria ser). Negar vigência a uma lei nascida do Parlamento, e que observou em sua gestação o devido processo legal, é o mesmo que negar vigência ao texto constitucional, e quando isso ocorre a Constituição material¹⁰⁶² se amesquinha e se converte na “constituição de papel”¹⁰⁶³.

Ora, se os pressupostos de aplicação da lei estão distorcidos, se a jurisprudência percebe como dolo eventual uma conduta que configura mera imprudência, se é admitido como autoria um comportamento de mera participação¹⁰⁶⁴, é provável que tais defeitos não sejam corrigidos através da negativa de vigência à Constituição Federal, tampouco pela criação de um novo tipo penal de branqueamento mitigado. Na verdade, é provável que tal opção dogmática gere sobreposição de sanções, além de uma quantidade ainda mais significativa de

1062 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

1063 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 42; LASSALE, Ferdinand. *Que é una constitución?* Trad. W. Roce. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946. p. 61-62.

1064 QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo Direito Penal: relato e análise da Ação Penal 470. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 251-268; LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47-90.

imputações penais, tal como se observa atualmente na jurisprudência peruana que versa sobre branqueamento de capitais. Nessa linha de ideias, se mostra oportuno investigar as estratégias desenvolvidas por Estados que tipificaram a omissão de informações sobre operações financeiras ou mercantis suspeitas de branqueamento. Suíça (art. 305 ter StGB¹⁰⁶⁵), Colômbia (art. 325-A do Código Penal¹⁰⁶⁶) e Peru (art. 5º do Decreto Legislativo nº 1106/2012¹⁰⁶⁷) são Estados nos quais a ausência de repasse de informações sobre operações suspeitas foi penalmente tipificada como delito de omissão própria.

A Suíça pune com pena de até um ano de prisão todo aquele que negligencia as medidas preventivas destinadas à correta identificação do clientes, ou que se omite em repassar informes sobre operações suspeitas.

A Colômbia pune com prisão de até 128 (cento e vinte e oito) meses, isto é, mais de 10 (dez) anos, todo aquele que esteja sujeito à fiscalização da UIF do país, e que deliberadamente omita o cumprimento do dever de comunicações àquela entidade, por transações em numerário, ou por mobilização ou guarda de numerário. Além disso, os eventuais infratores ainda estarão sujeitos a multa de 133,33 (cento e trinta e três e um terço) a 15.000 (quinze mil) vezes o valor do salário mínimo mensal vigente no país, mas o texto da lei penal excetua de tais obrigações os membros do conselho de administração, os representantes legais, os administradores ou empregados de instituições financeiras ou cooperativas que exerçam

1065 StGB suíço. Art. 305Ter: Insuficientes medidas de cuidado nas instituições financeiras e dever de informação 1. Quem profissionalmente aceita, guarda, investe ou colabora na transferência de bens de terceiros e omite determinar a identidade dos beneficiários econômicos, de acordo com as medidas obrigatórias de identificação, será punido com pena restritiva de liberdade de até um ano ou multa. 2. As pessoas compreendidas no inciso 1 estão obrigadas a informar as operações suspeitas à UIF no Serviço Federal da Polícia, que permitam identificar que o bem tem origem em um delito.

1066 CP colombiano. Artículo 325-A. *Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo. Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325 del presente Capítulo.*

1067 PERU. Decreto Legislativo nº 1106/2012. Artículo 5º.- *Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal.* Disponível em: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contr-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>. Acesso em: 24.01.2023.

atividades de poupança e crédito, aos quais se aplica o disposto no art. 325 do CP colombiano, que comina penas idênticas às aquelas acima aludidas.

A norma penal peruana, por seu turno, contempla sanções de 4 (quatro) a 8 (oito) anos para as mesmas infrações apontadas pelo CP suíço. Demais disso, além da severidade das sanções cominadas, e do delito ser cometido na modalidade culposa (imprudente), o mais grave é que o modelo punitivo peruano ainda admite o concurso de crimes, na medida em que admite a possibilidade de branqueamento sob a forma comissiva por omissão.

Quanto ao ponto, Asmat Coello adverte que “a persecução penal dos órgãos de colaboração não se esgota na possibilidade de imputar um delito de omissão própria [...], podendo-se imputar ao mesmo sujeito o delito de lavagem de dinheiro em comissão por omissão”¹⁰⁶⁸. Aduz mais, a jurista peruana que em seu Estado a supressão de informes, pelo sujeito obrigado, que conhece ou pode conhecer, para favorecer a lavagem de dinheiro, é admitida como branqueamento comissivo por omissão. Por outro lado, o delito de omissão de comunicação é o incumprimento do dever administrativo de informar (doloso e imprudente) sobre operações suspeitas, e não é necessário verificar que tais operações, ao final, eram ou não, verdadeiras operações de lavagem de dinheiro.

Caro Coria pondera ainda que, no ordenamento peruano, o delito de omissão própria de ocultação de informações se desatreia do processo de branqueamento e se converte em norma de puro reforço do comando administrativo, sem qualquer limite de sanção, pois se sanciona inclusive o não cumprimento imprudente da norma administrativa, ainda que, ao final, reste comprovado que a operação suspeita não era um ato de branqueamento¹⁰⁶⁹.

E segundo as lições de Stratenwerth, o art. 305 *ter* do CP suíço pode ser interpretado em sentido semelhante, ainda que as penas nele previstas sejam bem mais moderadas que as do ordenamento peruano. Além disso, o ordenamento suíço somente admite este tipo penal na modalidade dolosa¹⁰⁷⁰. Vale ainda observar que o art. 305 *ter* do CP suíço é admitido como delito ativo, e não como delito de omissão própria, eis que o tipo objetivo se perfaz mediante as condutas de aceitar, guardar ou colaborar na transferência como parte da atividade

1068 ASMAT COELLO, Diana Marisela. *Sobre el delito de omisión de comunicaciones de operaciones sospechosas en la legislación peruana*. In: KAI AMBOS, CARO CORIA, EZEQUIEL MALARINO (org.). *Lavado de activos y compliance, perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista Editores, 2015. p. 412.

1069 CARO CORIA, Dino Carlos. *Sobre el tipo básico de lavado de activos*. In: *Derecho penal económico y de la empresa*. v. 2. Lima: Aceta Jurídica, 2012. p. 42.

1070 STRATENWERTH, Günther; WOHLERS, Wolfgang. *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*. 3. ed. Bern: Stämpfli, 2012. p. 594.

profissional do sujeito obrigado, sem cumprir o dever administrativo de cuidado de identificação dos clientes¹⁰⁷¹.

Apesar disso, também na Suíça a incriminação se afasta do branqueamento e sanciona a violação ao preceito da norma administrativa¹⁰⁷². Por consequência, é razoável inferir que a mera distinção entre as condutas nucleares e acessórias do crime de branqueamento não importa em criar um delito de denúncia por parte dos agentes obrigados aos deveres de cooperação, tampouco guarda relação de semelhança com o dispositivo peruano acima referido.

Ana Carolina Oliveira¹⁰⁷³ propõe uma cisão entre as condutas de realização direta do crime de branqueamento e as condutas de mero favorecimento da lavagem de ativos, de molde que a omissão de informações não se restrinja ao descumprimento da norma administrativa que impõe os deveres de prevenção aos setores sensíveis, mas se aplique àqueles que efetivamente contribuem para um quadro fático de favorecimento da lavagem de dinheiro. Nessa linha de pensamento, a caracterização do delito de branqueamento ocorrerá se o agente a ela aderir por meio de condutas que realmente contribuam com o processo de lavagem, e não apenas porque violou uma norma administrativa. A jurista entende que a realização acessória do branqueamento só deve ensejar punição quando corresponder a uma fase de facilitação ou favorecimento do delito de terceiro, eis que a realização do tipo penal comissivo por omissão deve corresponder a uma situação equivalente àquela própria do crime de favorecimento real (CPB, art. 349).

É importante observar que os maiores esforços da Lei nº 9.613/98 se destinam a combater a primeira fase do branqueamento, precisamente porque nela o *modus operandi* do branqueador se encontra mais vulnerável. Silva Sánchez adverte que é sobre tal etapa que incidem as regras de cuidado das disposições administrativas, de modo que a prevenção do *placement* exige a adoção de programas internos de *compliance*, bem como a responsabilização dos profissionais sensíveis ao branqueamento, tudo para dificultar e encarecer muito a atividade de reciclagem de ativos¹⁰⁷⁴.

1071 STRATENWERTH, Günther; WOHLERS, Wolfgang. Ob. Cit., p. 593.

1072 Segundo os juristas alemães, o tipo penal do art. 305 *ter* não é um delito de lavagem de dinheiro em sentido estrito, pois apenas é punível a infração do dever administrativo de identificação (STRATENWERTH, Günther; WOHLERS, Wolfgang. Ob. Cit., p. 594-596).

1073 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 102-103.

1074 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales*. Ob. cit., p. 134. CAPARRÓS, Eduardo Fabián. Ob. cit., p. 111.

É nesse cenário que a ocultação de informações demonstra relevo, e poderá significar o portal necessário que conduz o dinheiro sujo à segunda fase da lavagem. Aliás, quanto a isso Palma Herrera destaca que as operações dissimulatórias são condutas independentes da ocultação, além do que ostentam um artifício intrínseco destinado a adulterar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens de origem espúria, razão por que o autêntico sentido de “ocultar” incide sobre as condutas omissivas referentes ao dever de informação administrativo¹⁰⁷⁵.

Relembre-se que, na língua portuguesa, “ocultar” também ostenta o sentido de “calar o que se conhece”, ou “deixar de mencionar ou de descrever, nos casos em que a lei exige a menção ou a descrição”¹⁰⁷⁶. Portanto, mesmo a partir de uma interpretação literal é possível conceber a omissão de informações como uma espécie de ocultação das vantagens ilícitas manejadas pelo agente branqueador, entretanto, não se deve descurar de que a conduta omissiva de supressão de informações deve ser dolosa, vale dizer, deve estar voltada a favorecer a etapa inicial do processo de branqueamento, naturalmente com vistas a tornar o *placement* o mais transparente possível aos olhos das autoridades de investigação ou de persecução criminal. Daí porque a conduta de ocultação, para fins de branqueamento, tanto pode ser cometida por meio de comportamento comissivo, como também por conduta omissiva (de informações), desde que, nesta segunda hipótese, a sonegação de informes seja relevante para consolidação do processo de lavagem de ativos ilícitos.

Para melhor densificar os dois comportamentos de ocultação, imagine-se que um indivíduo se proponha a ocultar uma valise contendo dinheiro roubado, e então decide inseri-la debaixo de um armário com estreito rodapé. Admita-se que tal conduta foi presenciada por um vizinho, ou por um empregado doméstico, e tal “testemunha” é chamada a informar onde se encontra a tal maleta, mas opta por nada responder, ou a informar falsamente que não sabe onde se encontra o objeto. Nesse caso não será razoável ou adequado afirmar que o observador escondeu (ocultou) a maleta, entretanto, não resta dúvida de que, através de sua omissão de informações, ele estará colaborando com o “ocultador da valise”. Caberá perquirir, portanto, se o observador funciona como “garante”, vale dizer, se tem a obrigação legal de impedir ou de denunciar a conduta de ocultação.

1075 CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 515; PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit., p. 468. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Fabián. Ob. cit., p. 280; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Ob. cit., p. 493; DEL CARPIO DELGADO, Juana. Ob. cit., p. 199.

1076 HOUAISS, Instituto Antônio. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2009. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol/www/v6-1/html/index.php#1>. Acesso em 23.01.2023.

Por simetria de razões, o mesmo raciocínio pode e deve ser aplicado àqueles que estão legalmente sujeitos aos deveres de prevenção ao branqueamento, mas, mesmo assim, optam pelo silêncio e omitem as informações necessários ao esclarecimento sobre localização, origem ou natureza da vantagem ilícita que foi ocultada por terceiro. Com efeito, ainda que o sujeito ou entidade obrigada aos deveres de cooperação não estejam ocultando a vantagem espúria, com certeza estarão facilitando ou favorecendo a conduta do agente branqueador.

Cezar Bittencourt adverte que a ausência de repasse das informações à UIF tem potencial suficiente para corresponder ao significado do verbo típico “ocultar”, desde que o sentido dessa conduta seja teleologicamente voltado ao branqueamento, assim compreendido como a desconexão da origem ilícita para o aproveitamento dos valores¹⁰⁷⁷. Demais disso, a sonegação de informe precisa ser relevante para cristalização do comportamento ativo de ocultação da origem, ou da natureza ilícita do capital. Portanto, é possível admitir que aquele que sonega ou oculta informações relevantes, efetivamente está colaborando com o comportamento criminoso do agente branqueador, e por consequência, está facilitando o curso regular do processo de branqueamento, e nesse cenário obviamente a conduta omissiva não consistirá em mera desobediência à norma administrativa.

Blanco Cordero pondera não ser possível concluir que meras condutas de ocultação importem no exaurimento de todo o complexo processo de branqueamento de ativos ilícitos, pois se o ato de ocultar já fosse suficiente para tanto, então a reinserção do dinheiro no sistema econômico não teria qualquer importância. Por consequência, seriam igualmente reprováveis, num mesmo nível, tanto a conduta omissiva do sujeito que deixa de informar uma operação que sabe ser ilícita, como o ato do indivíduo que efetivamente toma parte numa organização criminosa e detém o domínio do fato, vale dizer, que conhece todas as etapas do processo branqueador¹⁰⁷⁸.

Tal equiparação, por óbvio, não traduziria qualquer proporcionalidade penal, eis que ambas as condutas traduzem níveis completamente distintos de culpabilidade. Destarte, é forçoso deduzir que a conduta de ocultação de informações sobre o *placement* configura uma etapa de realização acessória do crime de branqueamento, e representa efetiva colaboração do

1077 “O verbo ocultar, utilizado no caput do art. 1º, não deve ser interpretado simplesmente como esconder, pois esse comportamento seria, isoladamente, insuficiente para caracterizar a lavagem com as especificidades que justificam a sua criminalização autônoma (...). Para que a ocultação seja típica e não se confunda com o tipo de favorecimento real, é necessário que ela realize ao menos a primeira etapa do processo de lavagem” (BITENCOURT; Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 82).

1078 BLANCO, Hernán. *Ciberlavado: la nueva era del lavado de activos*. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, mar. 2010. p. 393-409.

detentor da informação privilegiada em prol de um processo mais amplo de depuração do capital ilícito, que terá lugar na sequência natural do processo, por meio de variadas transações ativas que mesclam numerário de origem ilícita com recursos limpos, sempre com o fito de dissipar a mácula original da vantagem espúria.

Segundo Mir Puig, raramente a diferença de um resultado típico se mostra tão relevante como se observa nos delitos comissivos por omissão¹⁰⁷⁹. E a tal reflexão, Patrícia Laurenzo Copello agrega que todas as infrações penais produzem algum resultado, mesmo os crimes de perigo, cujo resultado de perigo¹⁰⁸⁰ não pode ser desconsiderado, eis que consiste em afetação mais ou menos intensa de um bem jurídico¹⁰⁸¹. Nesse mesmo entendimento, Gimbernát Ordeig pondera que, mesmo os delitos de mera atividade produzem um resultado, ainda que este se revele concomitante à atividade proibida no tipo, e não guarde qualquer distanciamento temporal entre a conduta e o resultado, algo que, por outro lado, tradicionalmente ocorre nos delitos de lesão¹⁰⁸².

Contudo, não se deve confundir a dualidade entre as modalidades de ação e sua relação com o bem jurídico. Quanto ao ponto, Mir Puig leciona que os tipos penais são classificados: a) segundo a modalidade de ação, b) segundo a relação entre a parte subjetiva e objetiva, c) segundo os sujeitos, d) segundo a relação com o bem jurídico. A partir do primeiro critério existem delitos de mera atividade ou de resultado, delitos de ação ou de omissão, delitos de meios determinados ou resultativos, delitos compostos de um ato, de uma pluralidade de atos ou alternativos. Pelo segundo critério, os tipos penais podem ser congruentes e incongruentes. A partir do terceiro critério os delitos podem ser especiais próprios e impróprios, delitos de mão própria, tipos de autoria e participação e delitos de participação necessária. E finalmente, de acordo com o quarto critério, os crimes podem ser de lesão e de perigo.

Relembra Jakobs que os crimes de resultado se caracterizam pela separação entre ato e resultado, razão por que importa apenas definir se a ação acarreta um resultado distanciável, espaço-temporalmente, da conduta¹⁰⁸³. Nessa esteira, Bacigalupo Zapater aduz que mesmo se

1079 Segundo a teoria tradicional, a comissão por omissão exige a existência de um garante e o dever de evitar um resultado. O tipo de comissão por omissão se caracteriza pela situação típica, ausência da ação determinada, capacidade de realizar essa ação, posição de garante e a produção de um resultado (MIR PUIG, Santiago. Ob. cit. p. 317).

1080 LAURENZO COPELLO, Patrícia. Ob. cit. p. 25; MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 239; GIL GIL, Alicia et al. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 295.

1081 LAURENZO COPELLO, Patrícia. Ob. cit., p. 148; JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 168.

1082 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Causalidad, omisión e imprudencia*. Ob. cit., p. 182.

1083 “En los delitos de resultado debe producirse, además, un resultado condicionado por la ejecución de la acción. (...) El resultado, en el sentido estricto de los delitos de resultado, lo designa la ley en la mayoría de los

tratando de um delito seja de perigo (concreto ou abstrato), será um delito de resultado sempre que for possível diferenciar o momento da realização da conduta e momento do resultado¹⁰⁸⁴.

Destarte, pondera Lorenzo Copello que, para que se possa conceber um crime de branqueamento levado a termo por meio de comissão por omissão é suficiente que a lavagem de ativos seja um crime de resultado (separação espaço-temporal entre conduta e resultado), pouco importando se este é alcançado pela efetiva lesão ou apenas pela criação de perigo ao bem jurídico tutelado¹⁰⁸⁵.

Fabián Caparrós assinala mais que o desiderato do branqueamento é trazer os bens de origem ilícita para o tráfego econômico lícito, por meio de procedimentos financeiros oficiais, razão por que é possível identificar nesse tipo penal, espacialmente e temporalmente, a atividade realizada pelo agente (inserção no sistema econômico, ocultação, dissimulação), do resultado que dela deriva: a própria circulação do capital no mercado lícito ou a integração no patrimônio do autor¹⁰⁸⁶.

Aderindo à mesma linha de pensamento, Bottini adverte que, no crime de lavagem de dinheiro, a descrição típica descreve uma alteração naturalística no objeto do delito, pois há uma alteração real no estado dos bens ou patrimônio provenientes do delito¹⁰⁸⁷.

Conclusivamente, o que se observa é que nos verbos nucleares que tipificam a conduta branqueadora de ativos ilícitos (converter, transferir, negociar, dissimular, importar e exportar), é possível perceber uma nítida separação entre conduta e resultado, e o mesmo se percebe nas condutas acessórias de ocultar e utilizar na atividade econômica, excetuando-se apenas a hipótese de “participar de grupo, associação ou escritório”. Por isso mesmo, inexistente óbice hermenêutico em admitir a realização do delito de branqueamento de capitais por meio de conduta omissiva, excetuando-se tão somente a modalidade de “participar de grupo, associação ou escritório”.

Outro óbice a ser ultrapassado antes da análise do branqueamento comissivo por omissão diz respeito ao debate doutrinário travado sobre a viabilidade dessa forma de realização do tipo. Relembre-se que os verbos típicos do branqueamento são próprios de

casos como la alteración completa en un objeto de actuación, p.ej., como muerte en los delitos contra la vida, como apoderamiento en el hurto, etc., (...) Junto a la modificación completa, como resultado, se encuentra la puesta en peligro concreta de un objeto de ataque, p. ej., la integridad corporal o la vida de otro” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 205-206).

1084 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Themis, 1996. p. 105.

1085 O resultado relevante para a consideração dos delitos comissivos por omissão é a lesão ou exposição a perigo dos bens jurídicos protegidos pelo tipo (LAURENZO COPELLO, Patrícia. Ob. cit., p. 168 e ss).

1086 CAPARRÓS, Eduardo Fabián. Ob. cit., p. 302.

1087 BOTTINI; Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 79.

crimes de de resultado¹⁰⁸⁸. Demais disso, quanto aos deveres de informação dos sujeitos obrigados, já restou devidamente demonstrado que se inserem na modalidade “ocultar”, o qual traduz uma espécie de resultado, atingível tanto por ação quanto por omissão¹⁰⁸⁹.

Citando Carsten Leip, pondera Ana Carolina Oliveira¹⁰⁹⁰ que uma posição já superada na doutrina alemã assinalava que, ante a incongruência entre o destinatário das normas administrativas de lavagem de dinheiro (pessoa jurídica) e seu executor (o empregado individual), o branqueamento só poderia ocorrer graças à omissão de funcionários públicos (fiscais, funcionários, promotores de justiça e demais representantes das funções de investigação e combate à lavagem). A mesma jurista assinala que, de acordo com as lições de Altenhain, as regras administrativas de prevenção da lavagem não criam qualquer dever de garante, exclusivamente oponível aos que integram órgãos de persecução penal, ou aos fiscais de renda e aduaneiros. E para além disso, até mesmo os autores que sustentam essa posição admitem a ocorrência de deveres de garante aos empregadores, quanto aos eventuais atos de branqueamento que venham a ser praticados por seus funcionários, desde que no contexto da empresa, isto porque tal situação seria uma hipótese derivada da responsabilidade penal dos empregadores sobre os atos praticados pelos empregados, e não propriamente da relação da norma administrativa com o dever de garante¹⁰⁹¹.

Cabe reconhecer que a doutrina não é unânime no sentido de que o branqueamento seja um delito de resultado. Palma Herrera, por exemplo, sustenta se tratar de delito de mera atividade¹⁰⁹², e por isso mesmo repudia a possibilidade de que seja praticável na forma comissiva por omissão. Contudo, mesmo para a parcela da doutrina espanhola que compreende o branqueamento como delito de mera atividade, pondera Martínez Buján¹⁰⁹³ que se mostra possível, tanto a cooperação necessária, quanto a cumplicidade em comissão por omissão, eis que inexistente qualquer inconveniente dogmático em punir como participação por omissão a conduta daquele que omite a obrigação de comunicar operações com suspeita ou certeza de branqueamento, e no direito penal brasileiro isso importaria em participação no branqueamento engendrado por terceiros, de modo que inexistiria qualquer obstáculo para vincular a participação por omissão em um delito de mera atividade.

1088 BOTTINI; Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 68; CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 448; DEL CARPIO DELGADO, Juana. Ob. cit., p. 201.

1089 MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Ob. cit., p. 492.

1090 LEIP, Carsten. *Der Tatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 139, *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Ob. cit., p. 109.

1091 ALTENHAIN, Karsten *apud* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Ob. cit., p. 110-111.

1092 PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit., p. 437.

1093 MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Ob. cit., p. 491.

Em sentido oposto, Mir Puig percebe o branqueamento como crime de resultado, eis que nele se observa separação espaço-temporal entre conduta e resultado¹⁰⁹⁴, e por isso mesmo não vislumbra qualquer obstáculo na eventual ocorrência desse tipo na modalidade comissiva por omissão. Vale ainda aludir à peculiar posição adotada por Blanco Cordero, o qual cogita que o branqueamento por meio de ocultação seja um delito de omissão própria¹⁰⁹⁵, quando se interprete o verbo como “calar o que se sabe”, mas, em paralelo, o mesmo jurista assevera que, sob a forma de ocultação, o branqueamento será um delito de resultado¹⁰⁹⁶, de possível cometimento por omissão, no caso de diretores e empregados que infringirem o dever administrativo de informação¹⁰⁹⁷, mas pode ser igualmente de omissão própria¹⁰⁹⁸, na hipótese de ausência de repasse de informações com a intenção de ocultar ou encobrir.

Particularmente, rejeitamos a ideia de que o branqueamento seja crime de omissão própria, eis que tal modalidade pressupõe não apenas uma definição genérica de autoria, mas ainda um dever geral de solidariedade, bem como a violação a uma norma mandatária, e isto não se verifica no crime de branqueamento. Ora, na medida em que se atribua ao verbo “ocultar” o sentido de “calar o que sabe”, isso converte o crime de branqueamento em delito especial, voltado de forma específica aos sujeitos obrigados aos deveres de prevenção, e não a qualquer pessoa que decida tomar parte no processo de lavagem. Demais disso, é forçoso reconhecer a inexistência de um dever genérico de informar, posto que tal dever somente se dirige a um grupo específico de sujeitos¹⁰⁹⁹.

Em arremate, para que se pudesse aceitar a omissão de informações como delito de omissão própria, haveria a necessidade de que o tipo penal assinalasse de forma específica qual o dever a ser cumprido pelos sujeitos obrigados, isto é, quais as informações que deveriam ser necessariamente prestadas, e a quem deveriam ser fornecidas. Talvez por isso, a doutrina ostensivamente predominante no sentido de que o branqueamento pode ser praticado sob a forma comissiva por omissão¹¹⁰⁰, sendo tal modalidade imputada expressamente por alguns autores, aos sujeitos obrigados aos deveres de prevenção que omitem informações ou

1094 MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 231.

1095 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 511.

1096 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 513.

1097 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 835.

1098 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 511.

1099 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Problemas del tipo de omisión de socorro*. Ob. cit., p. 561-574.

1100 SCHMIDT; KRAUSE, Comentário ao §261, p. 674 e ALTENHAIN, Comentário ao §261, p. 521 apud OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Ob. cit., p. 111; GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996. p. 50; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, p. 201; PALMA HERRERA, José Manuel. Ob. cit., p. 436 e ss.

colaboração junto à respectiva UIF, ou junto aos órgãos de investigação ou perseguição criminal¹¹⁰¹.

A propósito do dever de interrupção da operação, embora previsto na Lei nº 83/2017, de 18 de agosto (Regime de Prevenção de Branqueamento de Capitais em Portugal), o ordenamento brasileiro nada disciplina a esse respeito, e em princípio, tal lacuna poderia ser admitida como inoccorrência do dever de impedimento do resultado, o que favoreceria, mesmo que por via oblíqua, a concretização de crimes de branqueamento sob a modalidade comissiva por omissão, posto que o ônus de interromper a operação representa dever de garante voltado a evitar a consolidação do resultado lesivo próprio daquele delito. Todavia, só há relevo autêntico em uma conduta omissiva quando esta se mostra equiparável a um delito de ação, seja tal equivalência decorrente do descumprimento de um dever extrapenal de impedir o resultado, seja em razão de alguma causa material de proximidade do sujeito com o bem jurídico. Noutro giro, Asmat Coello pondera que o ônus de interromper a operação poderia chamar a atenção do agente branqueador, e por consequência, prejudicar as investigação em curso sobre as origens do dinheiro sujo, ao passo que o repasse de informações à UIF já propicia o acompanhamento do processo criminoso de depuração da vantagem financeira ilícita, sem que os investigados disse tomem ciência, e sem que sejam afugentados pelo súbito estacar da operação¹¹⁰².

Quanto ao tema em comento, é oportuno aludir que a Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, reverteu tendência observada em normativas internacionais pretéritas que impunham a suspensão da operação quando não fosse possível adotar as medidas preventivas. A normativa excetuou duas hipóteses à regra geral que proibia a concretização de operações suspeitas: a) quando impossível para os sujeitos obrigados aguardar a aprovação do órgão de inteligência; b) quando a não realização das operações pudesse despertar suspeitas e comprometer o indiciamento dos possíveis beneficiários de uma operação de lavagem¹¹⁰³. Com efeito, tais exceções restaram positivadas no art. 14º da

1101 “*La posibilidad de comportamientos omisivos ha de admitirse y reviste especial importancia en particular respecto a los deberes específicos impuestos a los sujetos obligados por la normativa administrativa de prevención de blanqueo de capitales. Se trataría de casos en los que al existir un determinado deber – el deber de información –, que permite fundamentar la existencia de una posición de garante. Por lo tanto, el obligado por dicho deber que conociendo el origen ilícito del bien omite realizar la conducta de información, lo infringe permitiendo ocultar su origen lícito*”. (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010. p. 726).

1102 ASMAT COELLO, Diana Marisela. Ob. cit., p. 415.

1103 “(38) Em derrogação da proibição geral de executar operações suspeitas, as entidades obrigadas deverão poder executar operações suspeitas antes de informar as autoridades competentes, quando essa não execução seja impossível ou suscetível de comprometer os esforços para atuar contra os beneficiários de uma operação que se suspeita ser de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Esta derrogação não deverá

normativa acima aludida, em cujo nº 1 restou assinalado que “Os Estados-Membros exigem que a verificação da identidade do cliente e do beneficiário efetivo seja efetuada antes do estabelecimento de uma relação de negócio ou da realização da operação”, entretanto, o nº 2 do mesmo dispositivo preconizou que “Em derrogação do nº 1, os Estados-Membros podem autorizar que a verificação da identidade do cliente e do beneficiário efetivo seja concluída durante o estabelecimento da relação de negócio, se necessário para não interromper o desenrolar normal do negócio e se o risco de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo for reduzido. Em tais situações, esses procedimentos devem ser concluídos logo que possível após contacto inicial”. E o nº 3 do mesmo art. 14º arrematou que “Em derrogação do nº 1, os Estados-Membros podem autorizar a abertura de uma conta numa instituição de crédito ou numa instituição financeira, incluindo contas que permitam operações de valores mobiliários, desde que existam salvaguardas suficientes para garantir que não sejam realizadas operações pelo cliente, ou em nome deste, até que estejam integralmente cumpridos os requisitos de diligência quanto à clientela previstos no artigo 13º, nº 1, primeiro parágrafo, alíneas “a” e “b”.

Vale observar que o nº 4 do art. 14º da multicitada normativa não autorizava o prosseguimento da operação se a entidade obrigada aos deveres de prevenção não estivesse em condições de cumprir os requisitos de diligência quanto à clientela, tal como previstos no artigo 13º, nº 1, primeiro parágrafo, alíneas “a”, “b” ou “c”, de efetuar operações através de uma conta bancária, de estabelecer uma relação de negócio ou de efetuar transações, exigindo-lhe que encerrasse a relação de negócio e comunicasse a UIF sobre a operação suspeita que fora detectada. Além disso, em sua parte final, o multicitado art. 14º da Diretiva (UE) 2015/849 isentou notários, outros membros de profissões jurídicas independentes, os auditores e revisores oficiais de contas, técnicos de contas externos e consultores fiscais, da aplicação do primeiro parágrafo, mas apenas na estrita medida em que essas pessoas estivesse a apreciar a situação jurídica do cliente, ou a defender ou representar esse cliente em processos judiciais, ou a respeito de processos judiciais, mesmo quando se tratasse de prestar conselhos quanto à forma de instaurar ou evitar tais processos.

todavia, prejudicar as obrigações internacionais assumidas pelos Estados-Membros de congelar sem demora os fundos ou outros ativos de terroristas, organizações terroristas ou financiadores do terrorismo, de acordo com as resoluções aplicáveis do Conselho de Segurança das Nações Unidas”. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/849, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=DA>. Acesso em: 25.01.2023.

Adiante, o branqueamento de capitais foi ainda objeto de atenção por meio da Diretiva (UE) 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017¹¹⁰⁴, a qual dispôs, em seu art. 4º, nº 1, que os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que o branqueamento de capitais, tal como descrito no artigo 1º, nº 3, da Diretiva (UE) 2015/849, quando envolva bens que sejam produto das infrações penais abrangidas pela presente diretiva, constitua uma infração penal. E mais recentemente, a Diretiva (UE) 2015/849, veio a ser sucedida pela Diretiva (UE) 2018/1673, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018¹¹⁰⁵, a qual disciplinou uma cooperação transfronteiriça mais eficiente e mais ágil entre as autoridades competentes, e cuja transposição ao ordenamento interno de Portugal se verificou por meio da Lei nº 58/2020, de 31 de agosto¹¹⁰⁶.

Aliás, quanto a esta última normativa internacional, há dois pontos que merecem especial atenção: a) seu Considerando nº 13, salientou que “Os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de, por exemplo, estabelecer que o branqueamento de capitais cometido de forma irresponsável ou por negligência grave constitui uma infração penal”; b) seu art. 3º, nº 2, assinalou que “Os Estados-Membros podem tomar as medidas necessárias para assegurar que os comportamentos referidos no nº 1 sejam puníveis como infrações penais, caso o autor da infração suspeitasse ou devesse ter sabido que os bens provinham de uma atividade criminosa”. Tais inovações legislativas põem em relevo não apenas a compreensão internacional de que não apenas o dolo direto, mas também o dolo eventual configura estado anímico perfeitamente compatível com o delito de branqueamento, mas, para além disso, estimulou aos Estados-membros a incriminação do branqueamento culposo (imprudente), o qual guarda estreita relação com as condutas de sonegação de informações sobre operações suspeitas.

Por tudo isso, Ingenborg Puppe adverte que, independente do cogente dever administrativo de impedir uma operação suspeita de branqueamento, o núcleo da infração do dever de garante reside em caracterizar a omissão de informações como conduta típica equivalente à ação comissiva de branqueamento, e não como mero descumprimento de norma

1104 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2017/1371, de 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371&from=DE>. Acesso em: 25.01.2023.

1105 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2018/1673, de 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/diretiva1673ano2018.pdf#page=1>. Acesso em: 25.01.2023.

1106 PORTUGAL. Lei nº 58/2020, de 31 de agosto. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Consolida%C3%A7%C3%A3o%20Lei%20n.%C2%BA%2058%2020%20-%20Di%C3%A1rio%20da%20Rep%C3%Bablica%20n.%C2%BA%20169%2020,%20S%C3%A9rie%20I%20de%202020-08-31.pdf>. Acesso em: 25.01.2023.

administrativa¹¹⁰⁷. Aliás, sobre tal aspecto, se mostra muito adequada a reflexão de Cirino dos Santos, no sentido de que a realidade determinante do dever de agir é a situação de perigo para o bem jurídico, ou, mais precisamente, a situação típica¹¹⁰⁸. Além disso, Silva Sánchez destaca são ser possível proibir processos de causação de resultados, mas tão somente as condutas que se apresentem *ex ante* como perigosas para sua produção¹¹⁰⁹, sendo por isso mesmo dispensável uma norma que determine a interrupção da operação. E demonstrado sua explícita adesão a essa ideia, Gimbernat Ordeig sustenta que o máximo que se pode exigir de um sujeito é que ele adote as condutas apropriadas para evitar o resultado, mas não que efetivamente logre evitá-lo¹¹¹⁰.

Finalmente, em preciso arremate da construção teórica, Robles Planas leciona que a ausência de uma norma administrativa que imponha ao sujeito obrigado o ônus de interromper a operação (como uma espécie de medida extrema antibranqueamento) não é determinante para comunicar-lhe que ele não deve adotar condutas *ex ante* que importem em risco de favorecer um processo de branqueamento. Em síntese, é importante que o sujeito obrigado não produza, tampouco permita que se produza um estado de coisas favorável à prática da lavagem de dinheiro¹¹¹¹.

Conclusivamente, é correto afirmar que a ausência de um dever genérico de interrupção da operação suspeita não descaracteriza a possibilidade de branqueamento na modalidade comissiva por omissão, eis que subsiste um dever implícito de interrupção da operação suspeita, oponível a diferentes classes de sujeitos legalmente obrigados aos deveres de prevenção, eis que tal imposição legal os identifica como garantidores, e como tal, não devem permitir a criação de um estado fático favorável ou propício à realização do branqueamento por terceiros, vale dizer, é proscrito a todos os que têm o dever de garante colaborar ou contribuir com as pretensões branqueadoras alheias.

1107 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 139.

1108 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 204.

1109 “Somente as condutas humanas podem ser objeto de normatização jurídica, pois somente elas entram dentro do que a norma pode determinar, em cuja realização pode influir mediante seu mecanismo de orientação de determinação da esfera do proibido. Se estimamos que as normas devem proporcionar aos indivíduos diretrizes de comportamento, tal função somente poderia ser cumprida no momento em que o sujeito decide atuar de acordo com elas (as normas), ou seja, *ex ante*”. Em síntese, só é possível exigir do sujeito uma consulta, e não a evitação de um resultado. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de f, 2010. p. 366-367).

1110 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)* In: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 40-46.

1111 Para Robles Planas, o caráter tipicamente comissivo de uma conduta omissiva não é uma questão que tem a ver com a imputação do resultado, pois se o resultado não é o decisivo para a desaprovação típica de uma conduta no delito de ação, também não poderá sê-lo na comissão por omissão (ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 58).

Destarte, excetuadas as hipóteses de ações neutras, as quais serão objeto do capítulo 6 deste trabalho, a despeito de eventual lacuna legislativa, incumbirá aos sujeitos obrigados o ônus de interromper operação suspeita, a qual tenha sido solicitado a realizar, caso esta seja a única forma de não colaborar com a lavagem de ativos ilícitos. Naturalmente que somente diante das circunstâncias do caso concreto será possível perceber se a interrupção do procedimento suspeito é a única alternativa viável. Em todo caso, Silva Sánchez assinala que, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, a caracterização de responsabilidade penal exige sempre a eleição de um critério objetivo *ex ante*, e que seja igualmente válido para todos os sujeitos obrigados (um comportamento lícito, de acordo com as normas administrativas, que não desvie a atividade profissional para o favorecimento da lavagem), rechaçando as demais considerações sobre o resultado *ex post* (a concretização ou não da operação de lavagem)¹¹¹², isto porque o juízo *ex post*, consoante as regras básicas de imputação objetiva, tem uma função exclusiva de imputação do resultado¹¹¹³.

3.5.4 Deveres de cooperação vs. sigilo profissional

De tudo o quanto se ponderou até este momento, resta-nos enfrentar uma aparente colidência de obrigações legais, pelo menos sob o prisma do ordenamento jurídico interno do Brasil. De um lado, reside o dever de sigilo previsto no art. 34, inciso VII da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), e de outro, o dever de comunicação imposto a todos os que exercem atividades sensíveis ao branqueamento de capitais, assinalado no art. 9º, XIV da Lei nº 9.613/98. Com efeito, o dever de comunicação ao COAF deve recair sobre “as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza”. Por força deste comando legal, a ilação natural é que estão os advogados inseridos no dever legal de informar ao COAF (UIF brasileira) quaisquer movimentações financeiras suspeitas, que cheguem a seu conhecimento, assim como também têm o dever profissional de manter um cadastro de sua clientela para atender às requisições do citado conselho, sujeitando-se a responsabilidades administrativa ou penais, caso negligenciem tais obrigações.

Conforme já destacado ao final do título 3.5 deste estudo, o então presidente do Conselho Federal da OAB, Ophir Filgueiras Cavalcante Júnior, se postou contra essa obrigação, e para tanto argumentou que “o sigilo na relação advogado-cliente é garantido na

1112 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Ob. cit., p. 361.

1113 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión*. Ob. cit., p. 363.

Constituição e no Código de Ética da profissão, cujos princípios devem ser resguardados para que seja assegurado o direito de defesa”¹¹¹⁴. No mesmo sentido, entendeu a então conselheira Daniela Rodrigues Teixeira, para quem “advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF, nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional”¹¹¹⁵. Entretanto, a posição corporativa do Conselho Federal da OAB sofreu a contradição de Rodrigo De Grandis, segundo o qual a imposição do dever de comunicação de atividade suspeita de “lavagem” ao advogado estabelecida pelo art. 9º da Lei nº 9.613/98, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.683/2012, nada tem de inconstitucional, desde que ela não incida sobre o profissional que defende interesse em sede de processo penal, civil, trabalhista ou administrativo, ou formula consultoria sobre específica situação jurídica relacionada a um processo judicial. De Grandis, ponderou mais que o dever de comunicação tem a virtude de atender a um duplo grau objetivo: uniformiza o sistema nacional antilavagem e proporciona a atuação expedita dos órgãos de prevenção e de repressão penal¹¹¹⁶.

A preocupação em torno da polêmica conduziu o assunto, ainda em 2012, à análise da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB, a qual emitiu a Proposição nº 49.0000.2012.010315-1/COP, no sentido de que os advogados e as sociedades de advocacia não deveriam sequer fazer cadastro no COAF, tampouco tinham o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional, tudo por dicção dos arts. 25 e 26 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Todavia, consoante já destacado linhas atrás, não se pode tangenciar que os advogados ostentam muitos outros deveres deontológicos cuja violação configura inclusive infração disciplinar, nos moldes dos incisos VI, VII, XIV, XVII e XVIII, todos do art. 34 da Lei nº 8.906/94.

Na verdade, a Constituição Federal brasileira não confere caráter absoluto e nenhum direito ou princípio, nem mesmo ao direito à vida, pois, caso contrário, inexistiriam as excludentes de ilicitude, reconhecidas na dogmática portuguesa como causas de justificação. Por igual, o dever de sigilo profissional não pode ter foros de regra absoluta, notadamente porque a própria Lei nº 8.906/94 excetuou a hipótese de justa causa. E evitar

1114 BRASIL. Conselho Federal da OAB. Proposição nº 49.0000.2012.010315-1/COP. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/9884?title=49-0000-2012-010315-1&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023.

1115 BRASIL. Conselho Federal da OAB. Consulta nº 49.0000.2012.006678-6/OEP. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/9604?title=49-0000-2012-006678-6&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023.

1116 GRANDIS, Rodrigo de. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “Lavagem” de dinheiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). v. 20, n. 237. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 09.

que o advogado se torne cúmplice de um crime efetivamente há de ser compreendido como justa causa.

Na mesma linha de raciocínio, resta claro que o advogado que recebe informações de que um pretendo cliente deseja dissimular recursos oriundos de atividade criminosa, e ainda assim, decide lhe prestar auxílio técnico para que tal objetivo espúrio seja alcançado, efetivamente cometerá, não apenas a infração disciplinar prevista no art. 34, inciso XVII da Lei nº 8.906/94, mas também o crime de branqueamento de capitais.

Por igual, não é desarrazoada a reflexão de que o advogado que, na defesa do cliente, ou na atividade de assessoria jurídica, se empenha em dissimular a origem criminosa de dinheiro ou bens conquistados como produto de ações criminosas, estará, pelo menos em tese, deturpando dispositivo de lei com o propósito de iludir o juiz da causa. Bem por isso, perpetrará a infração disciplinar prevista no art. 34, inciso XIV da Lei nº 8.906/94.

Aliás, manter-se incólume o argumento de defesa da ética profissional nas três situações hipotéticas acima descritas representaria não a defesa de um princípio vetor da atividade advocatícia, mas sim a defesa do cinismo, bem como a destruição da ética. Representaria, de fato, um discurso de negação a tudo quanto defendido por Aristóteles, em *Ética* e *Nicômaco*¹¹¹⁷.

Talvez diante da proliferação de casos de branqueamento de capitais envolvendo advogados brasileiros, o Conselho Federal da OAB teve de revisitar o tema mais recentemente, em fevereiro de 2021, e assim o fez através do Recurso nº 49.0000.2019.012201-6/SCA-STU, sob a relatoria da conselheira Sandra Krieger Gonçalves. No caso concreto a OAB/MT excluiu de seus quadros um advogado, por reputá-lo moralmente inidôneo ao exercício da função, por infração ao artigo 34, inciso XXVII da Lei nº 8.906/94. Irresignado, o advogado excluído manejou recurso ao Conselho Federal da OAB, mas não conseguiu reverter o resultado, eis que a entidade de classe reconheceu que: a) o causídico recorrente, no exercício de cargo de Secretário de Estado, havia constituído organização criminosa para fins de obtenção de vantagem ilícita, por meio da prática de crimes de fraude à licitação, corrupção ativa e passiva, fraude processual e lavagem de dinheiro, todos confessados em termo de colaboração premiada; b) mesmo que tais fatos não

1117 ARISTÓTELES. *Ética* a *Nicômaco*. Poética/Aristóteles. seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

tenham sido praticados no exercício da advocacia, a condição de advogado restou preponderante para que o advogado ocupasse o cargo público¹¹¹⁸.

Em todo caso, ante a polêmica gerada logo após a edição da Lei nº 12.683/2012, que ampliou o espectro de sujeitos e entidades obrigados aos deveres de prevenção, o tema acabou sendo submetido à cognição do STF brasileiro, por iniciativa da Confederação Nacional das Profissões Liberais, a qual ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.841, em 22 de agosto de 2012, pugnando que fosse declarado inconstitucional o art. 2º da Lei nº 12.683/12, o qual conferiu nova redação aos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98. A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer em 17.06.2013, opinando pela improcedência da ação, contudo, tão relevante demanda permaneceu inerte no gabinete do então relator, Ministro Celso de Mello, desde 18.11.2015, e até os dias atuais a matéria dormita intocada.

Relativamente ao parecer exarado pelo Ministério Público Federal acerca da matéria, merecem destaque alguns trechos, precisamente porque contribuem para reconduzir o tema ao balizamento científico, isento das contaminações próprias dos interesses corporativos. Confira-se, portanto:

“O interesse público está em assegurando o sigilo profissional permitir o bom funcionamento dos profissionais, propiciando a paz e tranquilidade sociais. O direito ao sigilo, contudo, não se dá, aliás, como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto, pois deve conviver com outros interesses constitucionalmente protegidos. Tanto assim o é que as diversas normativas profissionais, ao preverem o direito ao sigilo, sempre ressalvam as hipóteses de justa causa ou do estabelecimento de exceções por outra lei (art. 34, VII da Lei nº 8.906/94; art. 2º, II da Resolução nº 803/96 do Conselho Federal de Contabilidade; art. 2º, XII da Resolução Normativa nº 393 do Conselho Federal de Administração; art. 9º, III, alínea b da Resolução nº 1002 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia). Parece suficientemente claro que tais normas contém cláusulas de exceção ao sigilo profissional, o que permite que as exigências de controle previstas na lei antilavagem sejam aplicadas a essas categorias (...) A lei antilavagem – frise-se bastante esse ponto – não alcança a advocacia vinculada à administração da justiça porque, do contrário, seria atingido o núcleo essencial dos princípios do contraditório e da ampla defesa (...) Todos esses argumentos também se prestam a afastar a alegada ofensa aos princípios da proporcionalidade/proibição de excesso/razoabilidade. Mesmo no caso mais sensível, como é o da advocacia, a atividade do profissional liberal é atingida apenas nos seus aspectos mais periféricos, sem repercussão direta sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório. Ante o exposto, o parecer é pela improcedência do pedido”¹¹¹⁹.

1118 BRASIL. Conselho Federal da OAB. Recurso nº 49.0000.2019.012201-6/SCA-STU. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/17646?title=49-0000-2019-012201-6&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023. Acesso em: 25.01.2023.

1119 Trecho do parecer exarado em 10.06.2013, pela PGR brasileira, nos autos da ADIN nº 4.841.

Em reforço à tese da PGR brasileira, Tiago Fontoura de Souza também assinala que, a nível internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos, em julgamento realizado em 06.12.2012, validou regulamentação da Ordem dos Advogados da França que obriga os advogados a delatarem seus clientes caso suspeitem que estejam eles envolvidos em esquemas de lavagem de dinheiro, desde que o auxílio se limite a operações financeiras praticadas fora dos tribunais. Ponderaram os juízes do TEDH que, inobstante a relação entre cliente e advogado seja protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, a norma não é absoluta, podendo ser afastada por lei em casos devidamente justificados¹¹²⁰.

Nessa mesma linha de raciocínio, Fontoura de Souza destaca que a doutrina, quanto ao dever de comunicação imposto aos advogados, classifica a prestação de serviços advocatícios em duas categorias: a) advogados de representação contenciosa; e b) advogados de operações. O primeiro seria aquele que atua na defesa de seu cliente em processo contencioso judicial e extrajudicial, ou que emite parecer jurídico para litígios judiciais ou extrajudiciais, enquanto o segundo seria aquele que orienta o seu cliente em operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem qualquer relação direta com litígio ou processo judicial. Assim, apenas os primeiros estariam exonerados do dever de comunicação às autoridades administrativas, o que, aliás, tem sido a tendência mundial no tratamento da questão¹¹²¹.

Aliás, em reforço ao entendimento manifestado pela Ordem dos Advogados da França e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, argumenta Rodrigo De Grandis que na atividade de consultoria, mormente a de natureza tributária, a situação é diversa: o cliente procura o advogado projetando determinada conduta que, a depender das circunstâncias, poderá traduzir crime de branqueamento de capitais. A consultoria recai, assim, sobre a melhor forma ou o modo mais eficaz (ou menos suspeito), de ocultar ou dissimular valores obtidos criminosamente¹¹²².

Portanto, ante o cotejo de ambas as posições, não há como tangenciar o óbvio confronto entre a postura institucional adotada pela Ordem dos Advogados da França, marcadamente republicana, com foco no interesse público e na segurança coletiva, enquanto sua congênere brasileira, pelo menos em época contemporânea à ampliação do espectro de abrangência da Lei nº 9.613/98, preferiu adotar discurso um tanto ideologizado e de matiz indisfarçavelmente corporativa.

¹¹²⁰ SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro – uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>. Acesso em: 25.01.2023.

¹¹²¹ SOUZA, Tiago Fontoura de. Ob. cit., p. 122-123.

¹¹²² GRANDIS, Rodrigo de. Ob. cit., p. 10.

3.5.5 Direito à livre escolha do defensor

É certo que o art. 8º, nº 2, alínea “d” do Pacto de São José da Costa Rica confere ao acusado o direito à defesa técnica, caso repare conveniente, mas a aludida norma internacional não impõe que este patrono seja um advogado particular ou um defensor público. Demais disso, consoante já observado nas jurisprudências alemã e norte-americana, o direito de escolha do defensor não é absoluto, assim como não o é nenhum outro direito fundamental. Por consequência, a possibilidade de eleição do advogado pelo arguido está condicionada à sua disponibilidade financeira para suportar os respectivos honorários, e desde que o faça com recursos de origem comprovadamente lícita, excetuando-se, naturalmente, a hipótese de atuação gratuita do patrono judicial escolhido. Caso contrário, para que se lhe assegure a defesa técnica, deve ser o investigado equiparado ao hipossuficiente, sendo-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo para atuar em seu favor¹¹²³. Interpretação em sentido oposto resultaria, *mutatis mutandi*, em verdadeira institucionalização do direito de pagar e receber honorários maculados por dinheiro de origem espúria ou criminosa. Por consectário lógico, desapareceriam a independência e a liberdade do exercício advocatício, posto que, uma vez remunerado por dinheiro de origem criminosa, o advogado se tornaria dependente do crime organizado. Aliás, é sempre oportuno lembrar que a vedação do recebimento de recursos de origem ilícita recai sobre todos os profissionais, e não apenas sobre o advogado. Frise-se ainda que há mais de 30 (trinta) anos a Suprema Corte norte-americana já se posicionou pela inadmissibilidade do pagamento de honorários advocatícios com recursos de origem ilícita¹¹²⁴.

Visando inibir esse tipo de ocorrência, chegaram a tramitar no Poder Legislativo brasileiro pelo menos quatro projetos de lei, a saber: a) Projeto de lei nº 6.413/2000, de autoria do falecido Senador Antônio Carlos Magalhães, o qual buscava alterar a redação do art. 261-A do CPP para estabelecer a imposição de defensor público ao acusado por lavagem;

1123 SCHORSCER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. In: Revista dos Tribunais v. 863. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007. p. 442-443.

1124 Memorável precedente da Suprema Corte norte-americana (US vs. Peter Monsanto, julgado em 22.06.1989), a partir do qual merece destaque o seguinte trecho: “*We conclude that there is no exemption from § 853’s forfeiture or pretrial restraining order provisions for assets which a defendant wishes to use to retain an attorney. In enacting § 853, Congress decided to give force to the old adage that ‘crime does not pay.’ We find no evidence that Congress intended to modify that nostrum to read, ‘crime does not pay, except for attorney’s fees’. If, as respondent and supporting amici so vigorously assert, we are mistaken as to Congress’ intent, that body can amend this statute to otherwise provide. But the statute, as presently written, cannot be read any other way*”. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-monsanto-3>. Acesso em: 25.01.2023.

b) Projeto de lei nº 577/2003, que visava estabelecer a obrigação de comprovação da origem lícita dos valores pagos a título de honorários; c) Projeto de lei nº 5562/2005, cujo escopo era obrigar o acusado da prática de crime hediondo a comprovar o valor e a origem dos honorários despendidos; d) Projeto de lei nº 712/2003, através do qual se pretendia alterar o Estatuto da OAB para incluir como infração o recebimento de importância proveniente de atividades criminosas. Contudo, todos eles restaram arquivados pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 22.05.2007.

A discussão quanto aos honorários maculados tem persistido, em diversos Estados, sendo oportuno referir que Isidoro Blanco Cordero já advertiu que os informes prestados sobre os honorários podem ser confrontados com a declaração anual de imposto de renda, e que tal se verifica comumente na Europa¹¹²⁵. Acerca desse tema nos ocuparemos a seguir.

a) Advogados na consultoria jurídica

Conforme já referido anteriormente, acerca da aplicabilidade dos deveres inerentes à *compliance* aos advogados, em especial no tocante à obrigação de comunicação de operações suspeitas, o direito estrangeiro costuma distinguir a advocacia entre os ramos consultivo e contencioso. Na primeira situação, vale dizer, em se tratando de orientação ou consultoria jurídica sobre a condução negocial e patrimonial, é amplamente reconhecido o dever do advogado de prestar informações às autoridades estatais sobre eventuais operações suspeitas de clientes.

Neste sentido apontam a Diretiva nº 91/308, de 10.06.1991 (itens 16 e 17), e a Diretiva nº 97, de 04.12.2001, ambas do Conselho da Comunidade Europeia, as quais determinaram aos profissionais forenses, especialmente notários e advogados, a obrigação de notificação de operações suspeitas, quando de suas atuações em atividades extrajudiciais, tais como transações financeiras ou empresariais, ou mesmo na realização de consultorias jurídicas. Excluíram tal dever de colaboração, contudo, quando da atuação dos advogados em processos judiciais.

Destarte, configurada a ocultação de patrimônio de origem ilícita, bem assim a consciente e espontânea inobservância dos deveres de colaboração impostas pelas normas de combate ao branqueamento de capitais, resulta cabível, pelo menos em tese, a

¹¹²⁵ Assertiva do Prof. Blanco Cordero, em palestra proferida por ocasião do Seminário Internacional de Direito Penal, realizado no dia 03.10.2013. Disponível em: https://issuu.com/ajufe/docs/revista_direito_94_final_2014. Acesso em: 25.01.2023.

responsabilização criminal do advogado, o que pode ocorrer, seja por dolo direto, seja por dolo eventual, normalmente extraído por aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Através da Lei nº 87/2013, de 18 de agosto, Portugal também se alinhou ao entendimento de que os advogados se sujeitam aos deveres de prevenção e de colaboração com a unidade de inteligência financeira, conforme se observa no art. 4º, nº 1, alínea “f” do diploma legal ora referido¹¹²⁶. É oportuno colocar em relevo que o novo regime jurídico de prevenção e combate ao branqueamento de capitais representou a transposição, ainda que parcial, da Diretiva (UE) 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e da Diretiva (UE) 2016/2258, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016. Demais disso, tanto no Reino Unido, quanto nos EUA, já vigoram normas específicas que determinam a responsabilidade do advogado pelos controles para a prevenção à lavagem de dinheiro no exercício de seu ofício. São elas o *Statutory Instrument – The Money Laundering Regulations/2003*) e *Sarbanes-Oxley Act/2002*¹¹²⁷, respectivamente.

Ante o conjunto das normas internacionais ora apontadas, bem assim das normas internas de diversos Estados americanos ou europeus, aderentes da *common law* ou da *civil law*, resulta inafastável perceber que o argumento em prol da inexistência do dever legal de colaboração do advogado que exerce atividade de consultoria, no sentido de informar operações suspeitas que lhe venham ao conhecimento por força de sua atuação profissional, implicaria cancelar o direito de assessoria jurídica para práticas criminosas e socialmente perniciosas. Demais disso, os precedentes da jurisprudência brasileira, oriundos das duas mais relevantes Cortes de Justiça, apontam igualmente para essa mesma conclusão.

Por outro lado, não parece idôneo o argumento de que o advogado deveria ser dispensado do dever de colaboração com a política de prevenção ao branqueamento de capitais, mesmo na função de consultor jurídico, sob risco de comprometimento de direitos fundamentais. Muito ao contrário, é forçoso reconhecer que os direitos fundamentais são flexíveis por natureza, isto por força da necessidade de sua compatibilização com a

1126 Artigo 4.º Entidades não financeiras 1 — Estão sujeitas às disposições da presente lei, nos termos constantes do presente artigo, com exceção do disposto no capítulo XI, as seguintes entidades que exerçam atividade em território nacional: (...) f) Advogados, solicitadores, notários e outros profissionais independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual.

1127 A Lei Sarbanes-Oxley foi assinada em 30 de julho de 2002, pelo Senador Paul Sarbanes, de Maryland, e por Michael Oxley, deputado por Ohio, e a lei foi motivada por escândalos financeiros corporativos, inclusive o da empresa Enron, que afetou também a empresa de auditoria Arthur Andersen. Ao que parece buscou evitar o esvaziamento dos investimentos financeiros e a fuga dos investidores causada pela aparente insegurança a respeito da governança adequada das empresas. A lei Sarbanes-Oxley (conhecida como Sarbox ou SOX) visa garantir a criação de confiáveis mecanismos empresariais de auditoria e segurança, incluindo ainda regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de modo a mitigar riscos aos negócios e evitar a ocorrência de fraudes, ou, pelo menos, assegurar que haja meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas.

generalidade dos interesses igualmente merecedores de proteção constitucional. Aliás, é precisamente aí que incide o princípio da proporcionalidade¹¹²⁸.

b) Advogados na defesa administrativa

De um modo geral, a doutrina alude a duas modalidades de serviços advocatícios, quando enfrenta o tema dos deveres de prevenção ao branqueamento, com especial destaque ao dever de comunicação a que estão sujeitos profissionais de setores sensíveis ao branqueamento. Fala-se em advogados de representação contenciosa e advogados de operações. A primeira categoria se refere aos causídicos que atuam em contencioso, judicial ou extrajudicial, ou que prestam serviços de consultoria, ou ainda aqueles que emitem pareceres jurídicos destinados a instruir demandas judiciais ou extrajudiciais, ou para determinar a situação jurídica do cliente, como uma espécie de diagnóstico. Na segunda categoria estão situados os advogados cuja atuação é voltada a realizar operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que essa atividade tenha relação direta com um litígio, ou processo¹¹²⁹.

Pierpaolo Bottini¹¹³⁰ adverte que a Diretiva (UE) 2005/60 assinalou como atividade sensível à lavagem de dinheiro o trabalho desenvolvido por “notários e outros profissionais forenses independentes”, quando voltado a transações financeiras ou empresariais, ou quando prestam serviços de consultoria fiscal onde exista um risco mais acentuado de seus serviços sejam usados de forma abusiva para efeitos de branqueamento de capitais (art. 2º, nº 3, “b”). Destaca que, provavelmente em função disso, tal normativa internacional teria exonerado apenas os advogados de representação contenciosa dos deveres comunicação, tendo em conta a necessidade de preservação do princípio da confidencialidade que pauta a relação entre o advogado e seu cliente. Todavia, o mesmo diploma exclui esses profissionais dos deveres de prevenção quando estiverem a determinar a situação jurídica de um cliente, ou a exercer a sua

1128 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 266-267; CANAS, Vitalino. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda: Direito Constitucional e Justiça Constitucional. v. 3. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 130; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 314-318; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 61-65; SARLET, Ingo Wolf. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 410-413; OLIVEIRA, Magno Gomes. Proporcionalidade e individualização da pena. 1. ed. Fortaleza: Littere, 2020. p. 69-81.

1129 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El criterio de los honorarios profesionales ‘bona fides’ como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio*. In: Política criminal y blanqueo de capitales. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 179.

1130 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 188.

missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial, a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial” (art. 9º, nº 5). Portanto, nesse cenário é correto inferir que os advogados de operação estão efetivamente obrigados a comunicar operações suspeitas.

Com efeito, dispôs a normativa supra, em seu Considerando nº 20, que “Enquanto membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, estiverem a determinar a situação jurídica de clientes ou a representá-los em juízo, não seria adequado impor-lhes, ao abrigo da presente directiva, a obrigação de comunicarem, em relação a essas actividades, suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Devem estar isentas de qualquer obrigação de comunicação as informações obtidas antes, durante ou após um processo judicial ou aquando da apreciação da situação jurídica do cliente. Por conseguinte, a consultoria jurídica continua a estar sujeita à obrigação de segredo profissional, salvo se o consultor jurídico participar em actividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, se prestar consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo ou se o advogado estiver ciente de que o cliente solicita os seus serviços para esses efeitos”.

Inobstante a clareza do Considerando nº 20, é oportuno questionar se procede a reflexão de Bottini quanto aos motivos pelos quais apenas os advogados de representação contenciosa foram excluídos do rol de deveres comunicação. Argumentar que isso decorreu da necessidade de preservar a confidencialidade da relação cliente-advogado talvez não seja um argumento muito sólido, eis que, afinal de contas, o conceito de cliente não abrange apenas aqueles que necessitam de uma defesa, judicial ou administrativa, ou um parecer para diagnosticar sua situação jurídica. Cliente é todo aquele que necessita de um serviço profissional especializado para o qual o advogado está capacitado. Portanto, aquele que contrata o advogado para assessorá-lo numa operação (lícita ou ilícita) é tão cliente quanto aquele que está sendo processado criminalmente. Daí resulta imperativo perquirir por quais razões a confidencialidade de um cliente merece ser preservada e a de outro não?

Em todo caso, cumpre observar que os advogados de representação contenciosa continuaram a merecer tratamento mais benigno nas normativas subsequentes, tanto assim que o Considerando nº 39 da Directiva (UE) nº 2015/849 assim dispôs: “Para certas entidades obrigadas, os Estados-Membros deverão ter a possibilidade de designar um organismo de autorregulação adequado, como autoridade a informar em primeira instância, em vez da UIF. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, um

sistema de notificação em primeira instância a um organismo de autorregulação constitui uma salvaguarda importante de proteção dos direitos fundamentais no que diz respeito às obrigações de comunicação aplicáveis aos advogados. Os Estados-Membros deverão providenciar os meios e a forma de garantir a proteção do segredo profissional, da confidencialidade e da privacidade.

Em reforço às garantias de sigilo conferidas aos advogados de representação contenciosa, a Diretiva (UE) nº 2018/1673 assim dispôs, em seu Considerando nº 21: “A presente diretiva respeita os princípios reconhecidos no artigo 2º do Tratado da União Europeia (TUE), respeita os direitos e as liberdades fundamentais e observa os princípios reconhecidos, designadamente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, incluindo os estabelecidos nos títulos II, III, V e VI, que incluem, entre outros, o direito ao respeito pela vida privada e familiar e à proteção de dados pessoais, os princípios da legalidade e proporcionalidade dos delitos e das penas, que também abrange a exigência de rigor, clareza e previsibilidade no direito penal, a presunção de inocência, bem como o direito de as pessoas sob suspeita ou acusadas terem acesso a um advogado, o direito de não se autoincriminarem e o direito a um processo equitativo. A presente diretiva deve ser aplicada em conformidade com esses direitos e princípios, tendo também em conta a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e outras obrigações em matéria de direitos humanos nos termos do direito internacional.

Cumprindo ainda observar que o GAFI tem trilhado o mesmo caminho, ao assinalar como sujeitos ao regime de prevenção ao branqueamento tão somente os advogados “que preparem ou efetuem operações para os clientes, no âmbito da compra e venda de imóveis, da gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos do cliente, da gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários, da organização de contribuições destinadas à criação, exploração ou gestão de sociedades, da criação exploração ou gestão de pessoas colectivas ou de entidades sem personalidade jurídica e compra e venda de entidades comerciais” (Recomendação nº 22)¹¹³¹.

Daí a natural inferência de que, no plano internacional, prevalece o entendimento de que os Estados devem isentar advogados do contencioso dos deveres de comunicação, nomeadamente quando os informes forem por eles obtidos: a) no exercício de consultoria

1131 GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. Recomendações do GAFI. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/recomendacoes-gafi.pdf>. Acesso em: 27.01.2023.

processual, com vista a diagnosticar a situação jurídica do cliente; b) em hipótese de representação processual direta, inclusive para fins de aconselhamento jurídico destinado à conduta do cliente diante de um eventual processo judicial; c) para fins de defesa ou representação do cliente no âmbito de processos judiciais, administrativos, de arbitragem, ou de mediação. Assim, diante de tão expressivo conteúdo nas normativas internacionais acima aludidas, resta pacífica a conclusão de Blanco Cordero¹¹³² ao ponderar que os profissionais de contencioso ou consultivos para contencioso, ou mesmo aqueles consultados para determinar a situação jurídica do cliente, estão desobrigados dos deveres de prevenção, mas os advogados de operações devem informar à UIF sobre atos suspeitos de branqueamento que cheguem ao seu conhecimento¹¹³³.

Aparentemente a doutrina brasileira também tem se fixado em torno dessa percepção e, segundo Rodrigo De Grandis¹¹³⁴, os advogados de representação contenciosa não são obrigados à comunicação, posto que a atividade por eles desempenhada não se amolda àquelas descritas no art. 9º, XIV, da Lei nº 9.613/98. Além disso, é consenso que o direito de defesa exige severa relação de confiança e transparência entre cliente e causídico, de modo que a eventual imposição de deveres de colaboração a este último, no sentido de comunicar operações suspeitas às autoridades poderia gerar efeito colateral inibitório em relação ao cliente, o qual provavelmente temeria revelar os fatos ou documentos que pudessem comprometê-lo, e com isso restaria comprometido um diagnóstico jurídico seguro sobre sua situação. Por consequência, a ausência de informações completas e confiáveis não permite uma coerente linha argumentativa de defesa¹¹³⁵.

De Grandis reforça seu ponto de vista ao exemplificar com a hipótese do advogado que é procurado por cliente para prestar orientação sobre a conveniência de uma delação premiada¹¹³⁶, situação que não se adequa aos contornos de uma consultoria para realização de transação financeira ou engenharia de negócios, mas sim da autêntica formatação de uma

1132 BLANCO CORDERO, Isidoro. Ob. cit., p. 731-732.

1133 Segundo o TJUE os deveres de informação e cooperação com as autoridades responsáveis pela luta contra a lavagem de dinheiro, previstos nas diretivas europeias não vulneram o segredo profissional e o direito de defesa justamente porque exoneram os profissionais do contencioso e da consultoria em processos concretos (PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. In: La Ley Penal, n. 53, 2008. p. 199). No mesmo sentido: CÓRDOBA RODA, Juan. *Abogacia, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 50; CORDERO, Isidoro Blanco. Ob. cit., p. 682.

1134 DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 128.

1135 DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 128; RIOS, Rodrigo Sánchez. Ob. cit., p. 110.

1136. DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 129.

estratégia processual de defesa, ainda que baseada na teoria dos jogos¹¹³⁷. Destarte, um parecerista, ou um consultor jurídico, que estejam empenhados na construção de uma linha de defesa, ou na orientação do cliente em um processo específico, carecem de informações as mais detalhadas possíveis, e sem as quais não terão meios de realizar um trabalho eficaz. Por simetria de motivos, Rodrigo Sánchez Rio defende a ideia de que a exoneração do dever de comunicação se estende ao advogado consultado pelo réu para orientá-lo em processo administrativo ou judicial específico ou para determinar sua situação jurídica¹¹³⁸.

Em sentido diametralmente oposto, o advogado de operações, contratado para estruturar operações mercantis ou financeiras potencialmente interessantes ao processo de branqueamento de ativos espúrios, não atua realizando defesa do cliente, tampouco se dedica a diagnosticar a situação jurídica do contratante, e por tais razões resta evidente sua sujeição aos deveres de comunicação preconizados pelo art. 9º, XIV da Lei nº 9.613/98. Cabe cogitar ainda se haveria uma “zona cinzenta” entre os dois espectros de atuação, entre o advogado de operações e o advogado de representação contenciosa.

Rodrigo De Grandis¹¹³⁹ entende que sim, e assinala que os profissionais que prestam serviços de direcionamento contencioso na área tributária, comercial, ou financeira, devam cumprir as regras dos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98, eis que em tais hipóteses o advogado não contribui com o direito de defesa, mas usa seus conhecimentos jurídicos para colaborar nos negócios do cliente. Bottini¹¹⁴⁰ discorda da ideia e sustenta que, inobstante a advocacia operacional não tenha relação direta com o direito de defesa, e que os serviços nela desempenhados sejam de aconselhamento e colaboração em atividades financeiras e comerciais, haverá um conflito aparente de normas que justifica a exclusão do advogado de operações do âmbito dos deveres de prevenção explicitados na Lei nº 9.613/98. Argumenta Bottini que o Estatuto Deontológico dos advogados brasileiros (Lei nº 8.906/94) dispõe sobre o dever de sigilo e a confidencialidade na relação cliente/advogado (art. 34, VII), e autoriza o profissional a não depor como testemunha sobre fato que constitua sigilo profissional (art. 7º, XIX). Além disso, destaca que o art. 154 do CPB tipifica criminalmente a conduta de violação de segredo profissional, e com base em tais premissas conclui que também o advogado de operações estaria isento do dever de informações sobre operações suspeitas.

1137 TOMAZINI, Andressa. Teoria dos jogos aplicada à persecução penal. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-jogos-aplicada/>. Acesso em: 27.01.2023.

1138 RIOS, Rodrigo Sánchez. Ob. cit., p. 119; DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 128; PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 191.

1139 DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 129.

1140 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 192-193.

Bottini¹¹⁴¹ recorre ainda aos subsídios da hermenêutica jurídica para conferir lastro à sua proposta de desobrigar os advogados de operações dos deveres de informação recomendados pelas normativas internacionais e cristalizados na Lei nº 9.613/98. Para tanto invoca as lições de Carlos Maximiliano¹¹⁴², segundo o qual em toda disposição jurídica o gênero é derogado pela espécie, que prepondera sobre ele. Assim, em sua ótica particular, a obrigação genérica de comunicação restaria afugentada diante da norma específica que dispõe sobre o sigilo profissional. Além disso, invoca o discurso retórico de Marco Antônio Barros¹¹⁴³, para quem “beira a insensatez pretender que o advogado vá denunciar as atividades de seu cliente às autoridades pertencentes aos organismos públicos que controlam as atividades econômico-financeiras do país”, bem como a colocação metafórica de Carlos Gomez-Jara Diez¹¹⁴⁴, segundo o qual não se deve converter o advogado em um “policia encoberto sob o manto da relação profissional”. Bottini¹¹⁴⁵ acrescenta ainda que “uma coisa é a imposição do dever de abstenção ao advogado, vedando sua colaboração com qualquer ato de lavagem de dinheiro. Outra diferente é tratá-lo como informante para o combate do delito, situação que impede de antemão a construção de qualquer mínimo vínculo de confiança entre ele e o cliente, imprescindível para a atividade profissional”.

É certo que Carlos Gomez-Jara Diez se acosta à posição um tanto corporativa de Bottini, razão por que argumenta que a exigência de comunicação do advogado macula o princípio de que o réu não deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), pois de nada adiantaria garantir ao cidadão o direito de não autoincriminação e exigir do depositário legal de sua confiança a notificação às autoridades de qualquer irregularidade¹¹⁴⁶.

Na verdade, os argumentos daqueles que pretendem esquivar os advogados de operações dos deveres de prevenção ao branqueamento não parecem os mais sólidos, isto porque: a) se nem mesmo o direito à vida tem contornos de direito absoluto, por que razões o

1141 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 194.

1142 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 111.

1143 BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de dinheiro: Implicações penais, processuais e administrativas. Análise sistemática da Lei nº 9.613/98*. 1. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 295. No mesmo sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. *O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito*. In: *Notícia do direito brasileiro*. n. 8. Brasília, 2001. p. 243.

1144 GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *El criterio de los honorarios profesinales 'bona fides' como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio*. In: *Política criminal y blanqueo de capitales*. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 219.

1145 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 195.

1146 GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Ob. cit., p. 219.

direito ao sigilo profissional o teria? b) a quebra de sigilo profissional não constitui salvaguarda exclusiva dos profissionais advogados, mas de várias outras categorias, inclusive de servidores públicos, mas nem por isso o dever de sigilo se impõe *ad perpetum* e em qualquer situação, tanto assim que até mesmo o Estatuto Deontológico da advocacia brasileira estabelece que só haverá infração administrativa de violação de sigilo profissional se este for violado sem justa causa; c) relativamente aos contornos da justa causa, diversos doutrinadores entendem que até mesmo a cobrança de honorários profissionais representaria justa causa para rompimento do sigilo profissional¹¹⁴⁷; d) o estatuto constitucional conferido aos advogados, através do art. 133 da CF/88, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” não se permite o amesquinamento de tão nobre ofício, tampouco admite que profissionais advogados se convertam em estafetas do crime organizado, ou “ajudantes de ordem” de agentes de branqueamento; e) mesmo ao assumir o patrocínio da defesa do mais celerado dos criminosos, o advogado deve preservar a majestade de suas funções, razão por que não se torna parceiro do cliente assistido, e por consequência, ao cumprir dicção expressa de lei jamais se aplicaria ao advogado o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Tangenciando o conteúdo das normativas internacionais referidas linhas atrás, e buscando negar vigência ao teor cogente do art. 9º, § único, XIV da Lei nº 9.613/98, Pierpaolo Bottini persiste atrelado a um discurso essencialmente corporativo, mas demonstra certo pudor ao reconhecer que, a advocacia não deve ser um porto seguro para práticas de lavagem de dinheiro, nem deve significar a impunidade do profissional que contribui materialmente para tais atos, pois o advogado, como qualquer outro profissional, deve agir dentro das normas atinentes a sua atividade profissional para que não crie um risco não permitido de lavagem, e não lhe seja imputado qualquer resultado típico¹¹⁴⁸. Invocando as lições de Jayme Roso¹¹⁴⁹, assevera o festejado penalista brasileiro que o advogado não tem o dever de comunicar atos suspeitos de lavagem, mas tem o dever de se abster de contribuir com eles,

1147 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 249; FARIA, Antônio Bento de. Código de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 331; NORONHA, Edgar Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 196; SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. v. 4. Buenos Aires: TEA, 1967. p. 124; FLORIAN, Eugenio. *Trattato di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Vallardi, 1936. p. 463; CRESPI, Alberto. *La Tutela Penale del Segreto*. Palermo: Editore Priulla, 1952. p. 138-139.

1148 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. Ob. cit., p. 195-196.

1149 ROSO, Jayme Vita. O rol dos advogados no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: a experiência brasileira. In: Revista do Curso de Direito da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (ICS). v. 3. n. 2. Brasília: AEUDF, 2002. p. 74.

pois, caso viole as normas de cuidado, e tenha dolo de colaborar com a lavagem de dinheiro, será punido, ao menos a título de participação.

De fato, nenhum profissional detentor de conhecimentos especiais pode se dar ao luxo de ignorar as normas de cuidado, assim entendidas as regras institucionais e técnicas vigentes, assim como o dever normal de diligência, o qual restará vilipendiado se o advogado age segundo as regras profissionais, mas tendo o prévio e inequívoco conhecimento de que sua atividade representará contribuição causal a um processo de branqueamento de ativos ilícitos. Em tal cenário, a ostensiva previsibilidade do mascaramento dos recursos espúrios, aliados à exigibilidade da norma de cuidado apontam para um risco proibido, de modo que, se o advogado seguir adiante em sua conduta, estará cristalizando uma participação punível no crime de branqueamento.

Isso não implica dizer que o advogado deve adotar uma conduta paranoica em relação ao cliente, tampouco que suponha que qualquer cliente seja um agente branqueador em potencial, mas, se manejando corriqueiramente os deveres de cuidado o profissional se deparar com hipótese de operação suspeita, deve se abster de levar adiante a operação. E tal dever de abstenção se torna imperativo, caso o advogado tenha conhecimento efetivo de que sua assessoria será instrumentalizada para mascarar vantagens financeiras oriundas de infração penal.

c) Advogados na defesa judicial

Relativamente à atuação contenciosa dos advogados, há de se reconhecer que está em causa o exercício do contraditório e da ampla defesa em processos e investigações punitivas. Bem por isso, tal como adverte Luiz Flávio Gomes¹¹⁵⁰, é razoável sustentar a ausência do dever de colaboração do advogado com o órgão nacional de inteligência financeira. No Estado brasileiro essa escusa encontra aparente amparo tanto no art. 34, VII da Lei nº 8.906/94, quanto no art. 154 do CPB, o qual tipifica o crime de violação do segredo profissional. Para além disso, a tese da imunidade profissional do advogado em atuação no contencioso é defendida à luz da essencialidade da atividade advocatícia, apregoada no art.

¹¹⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado *apud* SANCHEZ RIOS, Rodrigo. Direito Penal Econômico: advocacia e lavagem de dinheiro. Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

133 da CF/88, e no direito de escolha do defensor, tal como previsto no art. 8º, nº 2, alínea “d” do Pacto de São José da Costa Rica¹¹⁵¹.

Apesar disso, a jurisprudência alemã registra precedente do Tribunal Constitucional Federal em prol de manter a condenação de advogados por branqueamento de capitais, isto por terem recebido honorários antecipados, de valor expressivo, pagos por terceiro que não tinha relações familiares com uma arguida que fora presa em flagrante pelo crime de tráfico de estupefacientes. Registra ainda outro precedente, no qual restou configurado o recebimento de honorários provenientes de fraudes no mercado financeiro. Tais situações, contudo, serão abordadas adiante, no último capítulo deste trabalho, dedicado ao estudo de casos de recebimento de honorários maculados e que foram submetidos a julgamento em tribunais alemães, espanhóis, norte-americanos e brasileiros. Por ora, é suficiente referir que, também neste segundo caso referido, a Corte alemã levou em consideração a aparente desproporcionalidade entre o valor da verba honorária e os supostos serviços profissionais contratados, bem assim a circunstância dos honorários terem sido pagos em espécie.

3.5.6 Momento de atuação profissional do advogado

Segundo as lições de Aránguez-Sánchez¹¹⁵², aponta a doutrina majoritária para duas abordagens predominantes sobre a forma essencial para realização do crime de branqueamento: a) a mera ocultação de bens de origem ilícita, b) a reintrodução desses bens na economia legal. Contudo, na visão de Alberto Donna¹¹⁵³ o escopo maior das operações de branqueamento não é ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens ou dinheiro, mas conferir aspecto legítimo ao produto das operações criminosas, como se tivesse derivado de atividades comerciais, empresariais e financeiras, perfeitamente legais¹¹⁵⁴. Partindo dessas premissas fundamentais, resulta inafastável que a única forma de prevenir e combater o branqueamento

1151 OEA. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Art. 8º - Garantías judiciales (...) 2. Toda persona acusada de un delito tem derecho a que se presuma su inocencia, enquanto não for legalmente comprobada su culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del acusado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28.01.2023.

1152 ARÁNGUEZ SANCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 32.

1153 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: parte especial*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 540.

1154 GONELLA, Carlos; LUCIANI, Diego. *El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del ne bis in idem. Reflexiones sobre el fallo de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal e “Jiménez, Jancy s/recurso de casación”*. In: *Revista Derecho Penal*. ano 2. v. 4. Buenos Aires: Ediciones Infojus, abr. 2013. p. 22. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36981.pdf>. Acesso em: 28.01.2023.

será por meio do robustecimento dos sistemas de controle, mas para muitos juristas, a depender do grau de rigor, a política-criminal dos Estados se converteria em postura inconstitucional, por violar o direito de defesa, o direito à livre escolha do profissional de defesa, o sigilo profissional e o direito do trabalho.

Para Berruezo e Coppola¹¹⁵⁵, além de ser inerente a todos os arguidos, o direito de defesa se torna severamente cerceado a partir do momento em que se admita que todos os pagamentos feitos ao advogado defensor, a título de honorários profissionais, teriam potencial suficiente para caracterizar o delito de branqueamento, pois isto conduziria necessariamente o advogado a agir fora do que a lei determina. Quanto ao sigilo profissional, argumentam eles que afeta não só as garantias do acusado, mas também do advogado, pois viola um princípio essencial de sua função sem o qual não podem exercer a defesa de outrem, e acerca do direito ao trabalho, ponderam que estaria invariavelmente comprometido, caso sejam tidos por maculados seus honorários profissionais. Os juristas argentinos aduzem ainda que a legislação de alguns países tem sido voltada a criminalizar os advogados que assistem supostos criminosos relacionados à lavagem de dinheiro das drogas, ao tráfico de drogas, ao terrorismo e algumas outras variedades de crimes, mas advertem que qualquer legislação que pretenda afetar o livre exercício da defesa criminal há de ser repelida, uma vez que o advogado está plenamente autorizado, nos termos da lei, para atuar sob a proteção de uma causa de justificação que afasta a antijuridicidade de sua conduta, no exercício lícito de sua profissão.

Na verdade, a exemplo do que se observa na doutrina brasileira, o argumento se mostra um tanto fatalista, como se existisse uma espécie de conspiração globalista internacional direcionada à criminalização dos advogados. Definitivamente não se trata disso! Por igual, não se discute que essencialmente o advogado seja o profissional que fala, escreve ou intercede em favor de alguém, e que normalmente isso se realiza no bojo de uma demanda judicial ou administrativa. O tema sobre o qual se impõe a reflexão é se alguma categoria profissional está legalmente autorizada a ser remunerada com dinheiro de origem criminosa?

Se a resposta for positiva, nem os ordenamentos jurídicos dos Estados, tampouco as normativas internacionais podem sugerir qualquer punição contra: a) políticos que se corrompem e recebem dinheiro do tráfico de drogas para votar alguma lei que fragiliza o controle de fronteiras; b) agentes públicos que ignorem deliberadamente cargas de estupefacientes em caminhões, navios ou aeronaves (naturalmente em troca de suborno); c) juízes que aceitem vantagens financeiras ilícitas para absolver criminosos contra os quais

1155 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. *El delito de blanqueo de dinero. Lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y Derecho comparado*. 1. ed. Buenos Aires: B de f, 2018. p. 145.

existam provas abundantes de seus crimes, ou mesmo para condenar indevidamente desafetos de seus degenerados contratantes; d) membros do Ministério Público que sonegam provas de que dispõem para não incriminar seus espúrios “patrocinadores”; e) empresários que formam cartéis para destruir qualquer eventual concorrente que tenha a ousadia de acreditar no livre mercado; f) médicos legistas que forjem laudos cadavéricos, ou habilidosos cirurgiões plásticos que possam reformular feições com maestria, e assim conceder por via oblíqua uma “nova vida” a algum “barão do narcotráfico internacional”; g) contadores e auditores experientes que, mediante “contabilidade criativa”, consigam realizar convincente maquiagem de balanços empresariais, dentre outros.

Data maxima venia, a prevalecerem os simplórios argumentos de Berruezo e Coppola, todos os profissionais acima referidos podem igualmente invocar a tese de que estão apenas desempenhando seus ofícios profissionais, e que negar-lhes tal direito importaria em negar-lhes o direito constitucional ao trabalho. Definitivamente o problema não pode ser reduzido a premissas tão basilares e ingênuas, pois não se pode dissociar a atuação profissional, qualquer atuação profissional, de um conteúdo ético mínimo, a partir do qual se possa extrair a conclusão de que houve uma intervenção laborativa legítima, ou se, do contrário, houve uma dissimulada adesão ao propósito criminoso de terceiros, adesão essa naturalmente recompensada por dinheiro sujo.

Obviamente que o foco deste estudo são os setores sensíveis ao branqueamento, especialmente os setores não-financeiros, e com especial atenção a profissionais autônomos, tais como contadores e advogados. Especificamente quanto a estes últimos, nos parece relevante examinar suas condutas a partir de um prisma temporal, vale dizer, buscar luzes a partir da discussão alemã sobre os chamados “delitos pós-cessão”, onde uma participação após o fato pressupõe a existência de um fato antecedente. O problema tem recebido tratamento processual distinto nas hipóteses de exclusão do defensor suspeito de haver tomado parte em ato punível investigado no procedimento.

E no caso de branqueamento de capitais, a solução não deve tangenciar os limites legalmente estabelecidos, pois um dos fundamentos erigidos nas legislações para sancionar advogados pelo crime de branqueamento por cobrança de honorários maculados, ou por falsa assessoria jurídica, tem sido o propósito deliberado de isolar o capital espúrio, torná-lo um autêntico rejeito, a ponto de que ninguém se atreva a se contaminar com o mesmo.

Seguramente isso não é tarefa fácil, pois, para muitos *pecunia non olet*. Aliás, com alguma frequência os detratores das políticas criminais antibranqueamento sustentam a ideia

de que a incriminação do branqueamento se destina a um desiderato único, qual seja o de compensar os déficits de persecução e da sanção penal direta das organizações criminosas.

Segundo Berruezo e Coppola¹¹⁵⁶ a política-criminal dos Estados estaria sendo construída a partir da ideia de que, não sendo possível processar e punir os crimes principais, cujo cometimento é a fonte direta de geração de benefícios econômicos ilícitos, devem ser punidos como criminosos, pelo menos os comportamentos derivados, que estão ligados ao gozo de capital obtido ilicitamente. E aderindo a tal ideia, Pérez Manzano assinala que, isolando o autor do crime, torna-se claro para ele que não pode atingir o objetivo perseguido, ou seja, o gozo do que foi alcançado com o crime¹¹⁵⁷. Aliás, certo segmento da doutrina entende que essa estratégia de política-criminal estaria inspirada no “direito penal do inimigo”, mas não se dispõe a realizar uma análise científica séria sobre a construção teórica de Jakobs em cotejo com as normativas internacionais voltadas ao combate e à prevenção do branqueamento de capitais.

Para além disso, a parcela da doutrina que se empenha na blindagem jurídica de determinadas categorias profissionais, normalmente passa ao largo da circunstância de que a lavagem de dinheiro é um crime parasitário ao qual recorrem as organizações criminosas internacionais, talvez pela semelhança de que também elas são entidades parasitas das sociedades em todo o mundo. De fato, é preciso que a comunidade científica se dispa de ingenuidades e perceba que organizações criminosas não reconhecem direitos a quem quer que seja; organizações criminosas são hidras insaciáveis que alimentam seus próprios interesses, e para alcançá-los instrumentalizam qualquer pessoa (individual ou coletiva). Frise-se que a célebre indagação “*plata o plomo?*”¹¹⁵⁸, atribuída a Pablo Escobar, seguramente não surgiu como uma simples metáfora.

1156 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 147.

1157 PÉREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 192.

1158 O colombiano Pablo Emilio Escobar Gaviria conquistou espaço nos noticiários do mundo todo após se tornar um dos narcotraficantes mais ricos, poderosos, temidos e perseguidos da história. Com o tráfico de cocaína, ele acumulou tanto dinheiro que até hoje tentam contabilizar o montante, sendo estimado que o Cartel de Medellín chegou a faturar 22 (vinte e dois) bilhões de dólares por ano, durante a década de oitenta do século XX. Escobar era responsável por 80% do fornecimento de cocaína no mundo, mas dava entrevistas na mídia, tinha diversas propriedades, um exército particular, e até mesmo muitos fãs. Escobar distribuiu dinheiro, construiu habitações para os desabrigados, construiu 70 campos de futebol e até um zoológico. Todos sabiam que Escobar era narcotraficante, mas aparentemente isso era algo de menor importância. Quando alguma autoridade ousava cumprir sua missão institucional com independência e destemor, invariavelmente surgia a indagação: *¿Plata o Plomo?* Dificilmente alguém escolhia “plomo” (chumbo), afinal, a “plata” (dinheiro) é muito mais atraente do que uma passagem para o além. Tal dilema nos conduz à reflexão de que ponderável parcela das sociedades contemporâneas ainda exalta o consumo desenfreado e vicioso, seja de drogas, de bebidas, de alimentos, de moda, ou de recursos sustentáveis. Quanto mais, melhor. Quanto mais inacessível, melhor. Quanto mais segregatório, melhor. Algumas chamam de segregação de “exclusividade”. Ou você se encaixa nesses padrões ou vale menos. Sua conta bancária não é a única responsável pela desigualdade social. Existe ainda o

Noutro giro, há quem defenda a ideia de que a prestação de serviços profissionais por advogados está situada tão somente no âmbito das condutas neutras, quotidianas e penalmente atípicas, mas, muito excepcionalmente, pode caracterizar comportamento criminoso, de molde a ensejar a responsabilidade penal do advogado por sua adesão à conduta típica do cliente em aplicação da proibição de regresso¹¹⁵⁹. Nessa esteira, é oportuno dividir a atuação do advogado em duas etapas: a) momento pretérito ao branqueamento, b) momento subsequente ao branqueamento, quando o advogado é contratado para patrocinar a defesa do branqueador investigado, ou já constituído arguido. É necessário ainda considerar um *tertium genus*, assim entendido como o momento em que o advogado presta assessoria jurídica, a despeito de perceber que suas orientações poderão ser utilizadas pelo sujeito ativo para consumir o processo de branqueamento de ativos. Acerca desta terceira situação, Aránguez Sánchez¹¹⁶⁰ entende firmemente que a mesma caracteriza adesão do advogado ao crime alheio, e naturalmente justifica a incriminação do advogado, o qual detém o dever fundamental de contribuir em prol da administração da justiça, jamais contra ela.

a) Atuação prévia ao branqueamento

O momento pretérito ao branqueamento pode ser o mais conflitivo, eis que, dentre outras, as atividades de assessoria financeira, tributária e societária se verificam nessa ocasião, e podem ser eventualmente interpretadas como estratégias de mascaramento de recursos ilícitos. Quanto ao tema e sob a ótica da imputação objetiva, Gómez-Trelles salienta que nas

lugar onde você nasceu, o formato do seu corpo, sua orientação sexual, o gênero com que se identifica, a cor da sua pele, seu grau de escolaridade, seu sotaque, as curvas do seu cabelo. Portanto, os conceitos de certo/errado ou normal/diferente que carregamos há gerações dizem que quem somos importa menos do que quem parecemos ser. A verdade crua é que, em prol do capital econômico já estabelecido, nosso capital humano toma chumbo todos os dias. Então, é necessário questionar quanto o dinheiro, os padrões sociais, os padrões de beleza, a moda e os hábitos atuais de consumo nos pressionam contra a parede e perquirem: ¿plata o plomo? Disponível em: <https://plataoplomo.com.br/plata-o-plomo-e-um-questionamento-sobre-o-real-valor-do-capital-humano/>. Acesso em: 28.01.2023.

1159 Segundo Jakobs, quem assume vínculo com outro estereotipicamente inócuo não viola seu papel de cidadão, ainda que o outro estabeleça tal vínculo em organização não permitida, e nestes casos há uma proibição de devolução cujo conteúdo seja aquele comportamento estereotipicamente inócuo não constitui participação em uma organização inadmissível (JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1999. p. 30). Garcia Caveró também adverte que a proibição de retorno exclui a responsabilidade penal de quem presta um serviço generalizado e inócuo a outra pessoa que dela se serve para a materialização de um crime. Pondera que nestes casos existe uma comunhão com o autor, mas tal comunhão está limitada à prestação de um serviço socialmente permitido que o beneficiário não pode expandir unilateralmente. A inexistência de imputação do comportamento ocorrerá mesmo quando aquele que presta o serviço possa assumir os planos criminosos do autor, pois objetivamente não houve conduta destinada a favorecer um crime, mas um serviço que consiste na entrega de bens, em realizando serviços ou fornecendo informações que qualquer pessoa pode acessar (GARCIA CAVEIRO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Lima: Griley, 2007. p. 523).

1160 ARANGUÉZ SANCHEZ, Carlos. Ob. cit., p. 258.

operações de combate ao branqueamento é cada vez mais frequente que advogados militantes sejam indiciados como supostos colaboradores das operações de branqueamento de seus clientes, nomeadamente aqueles que tenham recebido assessoria comercial e fiscal¹¹⁶¹.

Pondera o jurista madrilenho que, em decorrência de uma regulação cada vez mais expansiva, o assessoramento jurídico prestado pelo advogado nesta fase pode ser admitido como um favorecimento ao crime de branqueamento, especialmente quando a estrutura societária criada pelo advogado pode ser usada pelo cliente para fins de lavagem de ativos ilícitos. Aduz mais que há uma presunção de que o cliente que não pretende branquear dinheiro sujo não necessita de estruturas societárias complexas, como se a mera existência destas fosse uma evidência da conduta criminoso, e que, por isso mesmo, o advogado que a concebeu, ou que prestou assessoria sobre determinados procedimentos fiscais, sabia que a finalidade derradeira da empresa seria a lavagem de dinheiro¹¹⁶².

Precisamente por isso, certo segmento da doutrina examina tais casos de assessoramento prévio com vistas a esclarecer se o mesmo tem potencial para ser admitido como conduta penalmente típica ou não. Acerca da questão, Zambrano Pasquel pondera que o princípio geral no qual se baseiam os critérios de imputação objetiva exige que a conduta do agente tenha produzido um risco que mereça ser legalmente desaprovado, o qual deve ainda ter produzido um resultado previsto pelo fim protetivo da norma¹¹⁶³. Nessa esteira, se mostra oportuno abordar o tema sob cinco ângulos, a saber: a) criação do risco, b) princípio da confiança, c) proibição de regresso e ações neutras, d) atuação de acordo com rol, d) finalidade protetiva da norma.

Quanto à criação do risco, Gómez-Trelles¹¹⁶⁴ leciona que, segundo a teorização de Roxin, os limites do risco permitido são fixados para proteger o bem jurídico, e se o indivíduo decide romper tais limites, e com isso o risco se converte em resultado lesivo ao bem jurídico-penais, terá ele cometido um injusto penal, especialmente porque criou um risco não tolerado pelo direito penal, e assim procedeu ao desamparo de qualquer causa de justificação. Por outro lado, caso a assessoria jurídica tenha sido prestada segundo os moldes das normas profissionais que regulam o ofício profissional, mesmo que os conhecimentos e orientações venham a ser utilizados pelo cliente para fins de branqueamento, o advogado não poderá ser

1161 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 4.

1162 Na STS de 30 de março de 2007, restou assinalado que o Tribunal *a quo* acolheu como indícios a suposta existência de “operações estranhas às práticas comerciais ordinárias”, bem como “uma empresa em rede (...) que envolve ir a esse meio para administrar dois postos de gasolina”, mas este último critério que foi afastado pelo Tribunal Supremo, no acórdão acima referido (GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 5).

1163 ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Lavado de Activos*. Santiago: EJS, 2020. p. 157.

1164 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 5-6.

penalmente responsabilizado, pois sua atuação não gerou um risco proibido. Portanto, qualquer atuação profissional do advogado que não respeite tais postulados estará fora da segurança do risco permitido, contudo, ainda que tenha sido atingida a primeira premissa da imputação objetiva, isso não importará necessariamente em responsabilização penal do advogado, pois será necessário aferir se o risco criado se converteu em resultado¹¹⁶⁵.

Considerando que algumas profissões e ofícios são mais suscetíveis de serem instrumentalizados pelos agentes branqueadores, é mais prudente que o advogado desenvolva suas atividades dentro dos limites do risco permitido, pois, mesmo nessa hipótese, o assessoramento jurídico ainda poderá ser usado por clientes criminosos, para fins de branqueamento. Destarte, não se pode admitir que a mera criação de risco seja suficiente para responsabilização penal do profissional advogado, naturalmente desde que seu agir não tenha sido o diferencial na cadeia causal do delito¹¹⁶⁶.

Eis o motivo pelo qual a Recomendação nº 22 do GAFI assinala aos advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores que devem conhecer seus clientes e manter registros sobre eles, especialmente quando contratados para assessorá-los em operações relativas a: a) compra e venda de imóveis; b) gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; c) gestão de contas-correntes, de poupança ou de valores mobiliários; d) organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; e) criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais. Em complemento, a Recomendação nº 23 do GAFI preconiza que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores devem comunicar operações suspeitas quando, em nome de um cliente ou para um cliente, se envolverem em uma transação financeira relacionada às atividades descritas no parágrafo “d” da recomendação imediatamente anterior.

Inobstante os protestos de pretensa inconstitucionalidade de tais recomendações, não foram elas concebidas por um processo aleatório de especulação cerebrina. Muito ao contrário, são fruto da análise empírica do *modus operandi* dos agentes branqueadores, que captam as maiores vulnerabilidades dos sistemas mercantis, financeiros e contábeis, para poder explorar tais fissuras, e por meio delas mascarar recursos de origem ilícita. Relembre-se ainda que tais obrigações são impostas aos “advogados de operações” e não aos “advogados do contencioso”.

1165 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 11.

1166 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 13.

Ainda assim, protesta Sánchez-Vera que a prática cotidiana demonstra que o nível de exigência imposto a certos profissionais, dentre os quais os advogados, estaria fora da realidade das coisas, pois consistiria em exigir que particulares exerçam verdadeiras atividades policiais alheias à sua profissão constitui a atribuição de uma função social que não lhes compete, e isso se torna ainda mais evidente nos casos em que os limites do risco tolerado são ainda mais restritos, em decorrência da tipificação do branqueamento na modalidade culposa (imprudente), a qual pode ser considerada atingida a partir do mero descumprimento de tais deveres de prevenção pelo advogado¹¹⁶⁷.

Sánchez-Vera assinala sua inconformação ao rotular como surpreendente que pessoas supostamente dedicadas de forma pública e notória ao crime de branqueamento não sejam objeto de investigação criminal e persecução penal por agentes estatais, isto porque os deveres de vigilância foram deslocados retroativamente a algum advogado, a quem foi atribuído deveres de controle *ex post*, como se fosse ele o profissional encarregado dessa persecução. Pondera que tal deslocamento de atribuições também repercute no tipo subjetivo, eis que a expansiva técnica legislativa acaba atribuindo o dolo ao advogado e a outros particulares, sobre atividades ilícitas de seus clientes, que curiosamente a própria polícia não tinha, apesar de deter técnicos em criminalística. E sem ocultar seu tom irônico, o jurista madrileno sintetiza argumentando que, em situação tão pública e notória de presumido branqueamento, os advogados deveriam estar exonerados dessas tarefas¹¹⁶⁸. Ainda arremata seu pensamento alegando que o mais adequado seria descartar a ideia de limitação do risco permitido sobre a base do conhecimento que o partícipe tenha sobre o comportamento futuro do autor do crime, e em seu lugar definir a responsabilidade do partícipe mediante critérios normativos, os quais devem apontar a relevância de todas as circunstâncias do fato¹¹⁶⁹.

Quanto ao princípio da confiança, este se traduz na ideia de que inexiste violação do dever de cuidado quando alguém atua confiando que os outros se comportarão corretamente, ainda que não tenha razão suficiente para duvidar ou crer o contrário. Segundo o magistério

1167 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 15.

1168 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 15. É oportuno conferir igualmente a STS de 5 de outubro de 2006, sob a relatoria do Juiz Enrique Bacigalupo. Disponível em: <https://vlex.es/vid/blanqueo-capitales-pertenencia-plurales-25669944>. Acesso em: 28.01.2023.

1169 Quanto à questão da relevância que deve ser atribuída ao conhecimento especial, uma resposta restritiva deve ser formulada porque em um Estado de Direito só é possível excepcionalmente ir para o lado interno do indivíduo. Em princípio isso só será justificado em áreas de risco, que são aquelas em que a possibilidade de lesar direitos legais é inerente ao desenvolvimento das atividades e nas quais, justamente por isso, existem posições de garantia reguladas por norma regulatória (BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. Derecho Penal Económico. Valência: Tirant lo Blanch, 2007, p. 559).

de Zaffaroni, Alagia e Slokar¹¹⁷⁰, tendo em conta que o princípio da confiança deriva aprioristicamente do dever de observação, não se deve manter a confiança quando se percebe, no âmbito da observação, a ocorrência de indícios de que o outro não se comportará conforme o esperado. Por igual, também malogra a confiança quando o agente obtém os indícios fora de sua incumbência de observação, seja por acidente, por características obsessivas de seu comportamento, ou por força de conhecimentos especiais. Entretanto, é óbvio que não se aplica o princípio da confiança quando o dever do agente é vigiar as condutas alheias.

Berruezo e Coppola¹¹⁷¹ admitem que os advogados devem poder se socorrer plenamente do princípio da confiança, mesmo que, no plano prático, saibam que haverá clientes que abusarão dessa confiança. Apesar disso, entendem que o princípio da confiança impõe um dever de cautela quanto ao dever geral de comunicação imposto ao advogado, de modo que não deve disparar informações à UIF diante de remotas suspeitas quanto à conduta de seu cliente, sob pena de que a comunicação precipitada viole a intimidade desse cliente e abale a relação de confiança entre si e o cliente. Reconhecem, todavia, que o princípio da confiança se revela como um limite importante face a critérios meramente causais de atribuição de coautoria, ou de extensão de responsabilidade. Exemplificativamente isso ocorre quando, no âmbito de um processo criminal por branqueamento, a autoria é imputada não apenas ao pretense agente branqueador, mas igualmente a diversos empregados bancários, a notários públicos, e a advogados.

Para Gómez-Trelles, tal sorte de imputação global a todos os que estiveram de algum modo envolvidos na operação deve ser vista com muita reserva, isto porque, exemplificativamente, um advogado que constitui diversas sociedades com capital estrangeiro, para a execução de uma operação imobiliária, poderá cultivar a ideia de que o dinheiro utilizado já passou pelo “filtro” do sistema bancário, tal qual se observa no registro imobiliário, onde se documentam as mudanças de titularidade dos imóveis, e a partir do qual o advogado de operações pode se resguardar que todos os intervenientes anteriores da operação se comportaram fielmente ao ordenamento jurídico. Daí porque os dois raciocínios encontram lastro no princípio da confiança¹¹⁷².

Na mesma linha de pensamento, aduz o jurista madrileno ser possível que um advogado preste assessoria ou mesmo constitua uma empresa de capital estrangeiro, o qual lhe chegou às mãos através dos canais bancários perfeitamente lícitos, razão pela qual o

1170 ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 436.

1171 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 153-154.

1172 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 20.

“advogado de operações” poderá invocar o princípio da confiança, para admitir que não estará criando qualquer risco proibido, inclusive porque o advogado não é exatamente a pessoa mais indicada para seguir o rastro econômico-bancário do dinheiro, que presumivelmente emana de origem lícita¹¹⁷³.

Relativamente à imputação de dolo de branqueamento ao “advogado de operações”, Gómez-Trelles¹¹⁷⁴ pondera ser muito difícil prová-lo, seja porque está amparado pelo princípio da confiança em relação ao comportamento de seu cliente, seja porque obteve o numerário para constituição da empresa de capital estrangeiro por meio de canais bancários, mas se ainda assim lhe for lançada a pecha de uma conduta criminosa de lavagem de ativos, ainda poderá o profissional invocar em sua própria defesa o argumento de que agiu em situação de erro de tipo quanto à origem ilícita dos recursos, caso em que o erro tenderá a ser inevitável. Aduz mais que o dolo do advogado deve ser inferido a partir dos elementos do tipo objetivo, razão por que será infundada a imputação de dolo ao “advogado de operações” tendo em conta tão somente seus conhecimentos especiais, bem assim o conhecimento particular sobre a origem ilícita dos fundos branqueados¹¹⁷⁵.

Nessa mesma esteira, Zambrano Pasquel¹¹⁷⁶ argumenta que o princípio da confiança no qual se ampara o advogado ao receber seus honorários, como justa remuneração por seu trabalho, é o mesmo que alberga o recebimento de honorários pelo médico, pelo economista, ou pelo engenheiro, dentre outros, isto porque não se deve exigir do profissional que ele cuide em averiguar a origem do dinheiro com que são pagos seus honorários, desde que esteja atuando no cumprimento de sua função e no exercício legítimo de uma profissão, arte ou ofício.

Acerca da proibição de regresso, Bacigalupo pontua que se trata de um critério para limitar a imputação de um resultado a determinados comportamentos que possam ter resultados causais, mas que estão fora do interesse do direito penal, e contemporaneamente tal preceito busca excluir a imputação nos casos em que a causa foi gerada por alguém que não tem porque responder pelo resultado produzido diretamente por terceiro, ou que seja imputável à própria vítima¹¹⁷⁷.

1173 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 21.

1174 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 22.

1175 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 23.

1176 ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Ob. cit. p. 165-166.

1177 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999, p. 276.

Gómez-Trelles acrescenta que a linha de imputação fica interrompida sem retroceder aos riscos anteriores quando já existe um risco completo que foi direcionado livre e conscientemente para a produção do resultado, ou seja, um risco que já foi suficiente para concretizar o resultado¹¹⁷⁸. Aduz ainda que, modernamente, a teoria da proibição de regresso passou a contemplar o estudo da doutrina dos atos neutros, segundo a qual um comportamento quotidiano não é punível como participação, ainda que suponha uma contribuição fática para a realização de um determinado delito, desde que se possa sustentar que dito comportamento reste totalmente abrangido pelo rol social lícito no qual se desenvolve, vale dizer, que supõe um simples ato neutro inerente a tal função¹¹⁷⁹.

Nesse cenário, Robles Planas pondera que não será necessário valorar se quem se comporta desse modo teve conhecimento de que estava intervindo como instrumento em um delito alheio, ou se não dispôs de tal conhecimento, mas deveria tê-lo adquirido, pois nesses casos não há tipicidade objetiva por falta de risco juridicamente desaprovado, de modo que nem sequer é necessário analisar uma suposta tipicidade subjetiva do comportamento¹¹⁸⁰. E no plano da jurisprudência, vale aludir ao Acórdão nº 34/2007, de 1 de fevereiro, prolatado pelo Tribunal Supremo da Espanha, que assim proclamou, *in verbis*:

“A doutrina recente considera que estes atos (denominados neutros) são comportamentos cotidianos socialmente adequados, que por regra-geral não são típicos. É o caso da pessoa que aparece como compradora de um imóvel em um contrato de compra e venda. O que levanta essa questão é a exigência de que toda ação típica represente, independentemente de seu resultado, um perigo socialmente inadequado. A partir deste ponto de partida, uma ação que não represente qualquer perigo de realização do tipo carece de relevância criminal. O fundamento dessa tese é a proteção da esfera geral de liberdade garantida pela Constituição. Em nossos recentes precedentes, a Câmara tratou de aspectos dessa questão referindo-se ao sentido causal das ações cotidianas em relação ao fato principal (STS 185/2005), a do gerente de uma agência bancária e à intermediação profissional de um advogado em operações bancárias (STS 797/2006) e a participação de operadores que realizavam trabalhos de seu ofício que serviram para acondicionar um veículo utilizado no transporte de drogas (STS 928/2006). Nesses casos, é necessário comprovar que a ação de colaboração tenha um sentido objetivamente delitivo e que ele seja conhecido pela pessoa que realiza uma ação que, em princípio, é socialmente adequada. A tais fins a teoria e algumas jurisprudências europeias desenvolveram vários critérios para estabelecer as condições objetivas sob as quais um ato ‘neutro’ pode constituir uma ação de participação. Nesse sentido se atribui relevância

1178 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 25.

1179 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 26.

1180 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos*. In: *Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico empresarial*. SILVA SÁCHEZ, Jesús María (org.) Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 51 e ss.

penal, que justifica a punibilidade da cooperação, a toda realização de uma ação que favoreça o fato principal no qual o autor exteriorize um fim delitivo manifesto, ou que revele uma relação de sentido delitivo, ou que supere os limites do papel social profissional do cooperante, de tal forma que já não possam ser consideradas como profissionalmente adequadas, ou que se adapte ao plano delitivo do autor, ou que implique um aumento do risco¹¹⁸¹.

Portanto, o ato neutro não gera imputação objetiva, eis que o comportamento nele contido não representa perigo algum de ser concretizado em resultado. Precisa ostentar sentido objetivamente delitivo e guardar relação causal com o resultado, pois só haverá imputação quanto presente o sentido delitivo próprio e indubitável, não se admitindo qualquer ambivalência, sentido que não fique resguardado pelo rol social no qual o agente atue.

Por exemplo, a atividade negocial da vida cotidiana, tal como a prestação de serviços ou a venda de mercadorias não podem ser tidas como causas de branqueamento. Por igual, não estará realizando delito algum o hoteleiro que hospeda alguém sobre o qual recaia a suspeita de ser narcotraficante, ainda que ao pagar a fatura da hospedagem tal hóspede esteja introduzindo lucros ilícitos em um mercado lícito. Tal raciocínio deriva do fato de que o hoteleiro: a) está apenas se comportando dentro do rol social que dele se espera; b) não ostenta especiais deveres de informação; c) não revelou qualquer fim delitivo ostensivo ao cobrar a fatura pela hospedagem. Daí porque não foram superados os limites do papel social profissional do cooperante, tampouco o hoteleiro se ajustou a qualquer plano delitivo de seu hóspede, presumido traficante, e por consequência, inexistiu aumento de risco na conduta daquele.

Pérez Manzano¹¹⁸² adverte que inexistem condutas neutras de *per se*, pois qualquer conduta que, genericamente e em abstrato, possa ser qualificada como neutra, assim entendida penalmente irrelevante e atípica, pode adquirir sentido delitivo e se tornar penalmente relevante em certas condições, mas para isso é essencial sua inserção dentro de um contexto delitivo, a partir do qual não se pode excluir com caráter geral a tipicidade da ação, tampouco a atividade padrão que, em abstrato, possa se considerar inerente ao exercício da profissão. Por isso é necessário analisar o comportamento a partir da imputação objetiva, e assim determinar a imputação do comportamento. Portanto, é importante partir de que o dolo ou o mero conhecimento não determinam a relevância penal da conduta, mesmo que os

1181 ESPANHA. Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. Sentencia nº 34/2007, 1 de febrero de 2007. ponente Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/delito-blanqueo-capitales-dolo-prueba-26674219>. Acesso em: 29.01.2023.

1182 PEREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 23.

conhecimentos especiais do autor devam ser levados em conta na determinação da tipicidade da conduta examinada.

Por outro lado, a conexão da ação inicialmente neutra com a prática de um crime por outrem é requisito necessário, mas não suficiente, para afirmar a tipicidade da conduta. É pressuposto da tipicidade, mas não o elemento decisivo para imprimir relevância penal à conduta, pois somente o concurso de circunstâncias especiais que permitam concluir a existência, de forma clara e inequívoca, de uma especial relação de sentido delitivo entre a conduta inicialmente neutra e o delito é que poderá alterar a essência neutra do comportamento e convertê-lo em comportamento penalmente típico.

Para Gómez-Trelles, a partir dos fundamentos acima alinhados é possível asseverar aprioristicamente que a cobrança de honorários pelo advogado jamais poderá ensejar o crime de branqueamento de ativos, assim como a cobrança da conta a energia elétrica, ou a conta do consumo de água, ou a conta do supermercado que fornece os produtos, ou o veterinário que cuida dos animais de estimação do traficante, ou o médico que trata a doença do traficante. Acrescenta o jurista madrilenho que nenhum desses profissionais responderá por branqueamento, ainda que o dinheiro recebido seja de origem ilícita, pois todos adotaram comportamentos puramente neutros que não dão lugar à imputação penal, e que de modo algum podem ser havidas como condutas de apoio às ações criminosas de um agente branqueador, mas tão somente atos de cobrança de valores devidos¹¹⁸³.

Data maxima venia, a conclusão de Gómez-Trelles se mostra um tanto precipitada, e colide essencialmente com o ponto fulcral sustentado por Pérez Manzano, na medida em que a catedrática da Universidade Autônoma de Madri assinala que não existem condutas neutras de per se. De fato, é impossível afirmar que uma conduta é neutra sem aferir as circunstâncias do caso concreto. Portanto, se o médico atende a um paciente narcotraficante e cobra o valor usual da consulta, o mesmo que cobraria de qualquer outro paciente, tal conduta será efetivamente neutra, mas se o mesmo médico realiza consultas semanais a tal cliente, por meses a fio, cobrando o décuplo do valor usual, e em lugar de depositar tais valores em sua própria conta-corrente, cuida em depositar tais cifras em conta de terceiro localizada em banco situado num paraíso fiscal, por certo não estaremos diante de uma conduta neutra.

Por simetria de motivos, se o advogado assiste o narcotraficante numa audiência, ou procede sua defesa em um julgamento, e cobra os honorários usualmente fixados em tabela de sua entidade corporativa, em princípio, estará adotando um comportamento neutro,

1183 GOMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. Ob. cit., p. 31.

especialmente se emitir nota fiscal pelos serviços prestados, se emitir recibo pelo valor angariado, e se declarar ao fisco tal rendimento. Por outro lado, se o pagamento da verba honorária se der em valor que foge aos parâmetros de mercado, se o pagamento for feito em moeda viva, se a cifra não for declarada ao fisco, como rendimento, e se tal numerário for depositado total ou parcialmente em conta de terceiros, resta indubitado que não estaremos diante de uma conduta neutra. Portanto, não é possível rotular aprioristicamente o recebimento de honorários, por qualquer profissional, como conduta penalmente neutra.

Pérez Manzano¹¹⁸⁴ destaca que a cobrança de honorários advocatícios não está incorporada na legislação espanhola que dispõe sobre a prevenção ao branqueamento de capitais e, conseqüentemente, nada diz sobre a forma como deve ocorrer a cobrança pelos serviços prestados, sejam eles de assessoria ou de defesa de clientes acusados do cometimento de delitos que ocasionaram lucros ilícitos. Daí porque entende ela que o caso deve ser examinado de acordo com os critérios gerais, e assim perquirir se a cobrança de honorários ostenta algum sentido delitivo, seja por colusão de interesses quanto ao crime subjacente, seja por infração de deveres de garante. Pondera ainda que na maioria dos casos inexistirão deveres de garante, razão por que somente em caso de colusão será possível admitir a responsabilização do advogado por delito de branqueamento.

É necessário objetar as considerações da nobre jurista madrilenha porque: a) é impossível à lei disciplinar todas as condutas possíveis; b) cobrança de honorários lícitos, por qualquer profissional autônomo que efetivamente prestou serviços a um cliente certamente não é matéria própria de um diploma legal voltado à prevenção ao branqueamento; c) tal qual os créditos derivados da venda de uma mercadoria, os créditos decorrentes da prestação de um serviço serão lícitos, em princípio, mas não se poderá afirmar tal licitude se a mercadoria vendida for cocaína, ou se o serviço ofertado for um assassinato (ainda que sua execução se realize de forma dissimulada, como se a morte fosse resultante de um trágico acidente); d) há certa flacidez quanto à compreensão dos limites impostos pelo “dever de garante”, o qual não é imputável somente aos agentes de investigação ou de persecução criminal; e) considerando que a lei não tem palavras inúteis, na medida em que ela impõe deveres de colaboração a sujeitos e entidades integrantes de setores sensíveis ao branqueamento (sejam eles financeiros ou não), é curial que foram imputados deveres de garante a tais sujeitos e entidades, mormente porque nem sempre o impedimento à consumação de um delito é instantâneo e individual, pois, não raro o impedimento exitoso exige a colaboração de diversos sujeitos.

1184 PEREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 23.

Para Martínez Buján¹¹⁸⁵ há consenso doutrinário que o problema da conduta neutra deve ser resolvido no âmbito da tipicidade, mas há dissenso se a delimitação de tais condutas deve ser feita no plano do tipo subjetivo, ou do tipo objetivo. Berruezo e Coppola¹¹⁸⁶ manifestam adesão à ideia de que as condutas neutras devem ser examinadas à luz do tipo objetivo, isto porque a possível relevância penal das ditas condutas neutras afeta o âmbito de liberdade geral de atuação, sendo que o problema surgirá no marco da relevância do risco que tais comportamentos acarretam aos bens jurídicos protegidos. Garcia Caveró pontua ainda que além dos questionamentos que surgiram em torno da percepção de honorários cuja origem criminosa se pode presumir, a solução do caso não deve gerar grandes conflitos, especialmente para o segmento da doutrina que entende inaplicável a regra da proibição de regresso ao crime de branqueamento, por se tratar de um tipo penal que visa isolar os lucros ilícitos oriundos do crime subjacente, tornando-as impróprias para circulação¹¹⁸⁷.

Sob esse prisma, argumenta o jurista peruano que o advogado que patrocina judicialmente os interesses de um arguido a quem foi imputado o crime de branqueamento, ou algum delito a ele subjacente (tornando previsível que os honorários recebidos sejam de origem ilícita), ainda assim o advogado não se converte em partícipe do mesmo crime, se por força dos ditos honorários exerce o direito de defesa do cliente. Para além disso, pondera que nem sempre a assessoria jurídica prestada a um possível lavador de ativos se converte em participação em branqueamento, pois tal conduta será penalmente atípica mediante a aplicação da regra de proibição de regresso.

Ousamos discordar de Berruezo e Coppola quanto à proposta de que as condutas neutras se resolvam somente no plano do tipo objetivo, pois não se pode dissociar os elementos objetivo e subjetivo do tipo. Com efeito, tomando como exemplo qualquer crime doloso, se a conduta do agente se adequar ao tipo objetivo, mas não evidenciar a presença de dolo (conhecimento e vontade), inexistirá conduta criminosa. *Mutatis mutandi*, só é possível averiguar a ocorrência de conduta neutra após cotejar a dita conduta com os elementos objetivo e subjetivo do tipo.

Para densificar o exemplo, basta considerar que o mesmo médico que empunha um bisturi para realizar uma intervenção cirúrgica e salvar a vida de um paciente, poderá usar esse mesmo bisturi para lesionar muito discretamente as vísceras do paciente e causar-lhe uma hemorragia interna que resultará em sua morte. Na primeira situação estaremos diante de uma

1185 BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. Ob. cit., p. 558.

1186 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 160.

1187 GARCIA CAVERO, Percy. p. 523.

conduta neutra, mas na segunda hipótese poderemos nos deparar com um homicídio culposo, ou mesmo doloso.

E quanto à situação proposta por Garcia Caveró, é necessário objetar que o “advogado de contencioso” só poderá invocar a regra da proibição do regresso se estiverem presentes simultaneamente as condições seguintes: a) prévio ajuste de honorários profissionais, mediante contrato escrito, e segundo valores de mercado; b) recebimento da verba honorária por meio bancário idôneo (transferência eletrônica de dinheiro, por exemplo), jamais em “moeda viva”; c) emissão de nota fiscal de serviços e recibo ao cliente; d) declaração formal do rendimento ao fisco. Ausente qualquer uma dessas circunstâncias ou providências não poderá o advogado se trajar com o manto da lisura profissional, e tão pouco proclamar a plenos pulmões que recebeu apenas a justa paga por seus serviços profissionais.

Ainda com o propósito de blindar a todo custo os honorários profissionais de qualquer mácula, Berruezo e Coppola¹¹⁸⁸ propõem a hipótese de que um “advogado de operações”, mesmo sabendo da possibilidade de que o cliente possa se valer de sua assessoria para posteriormente cometer um ato de branqueamento, decide fornecer seus serviços profissionais na crença de que se não o fizer, o branqueador não encontrará dificuldades em obter idêntico aconselhamento jurídico de outro qualquer advogado. E depois disso, o advogado vem a confirmar sua suspeita de que o cliente decidiu fazer uso desse aconselhamento técnico para consumir o branqueamento. Mesmo nesse quadro fático, argumentam os juristas argentinos que a conduta do consultor jurídico terá sido inócua, ainda que o advogado estivesse ciente da possibilidade de que o cliente aproveitasse das orientações jurídicas para consumir o crime de branqueamento.

Seja sob a ótica do dolo eventual, seja mediante a aplicação da cegueira deliberada, tal conduta do advogado que presta consultoria jurídica nesses moldes não pode ser admitida como ação neutra, tampouco como ação inócua, pois guarda íntima relação de causa e efeito com o delito de branqueamento que veio a ser perpetrado graças às orientações prestadas pelo advogado, a partir dos conhecimentos especiais que acumulou. Ora, se o advogado representava a alta probabilidade de que suas orientações jurídicas poderiam ser usadas como instrumento catalisador do crime, e ainda assim decidiu prestá-las, é lógico que se conformou diante do resultado lesivo expectável, ou pelo menos postou-se com indiferença a ele. E quanto ao argumento de que idênticas orientações poderiam ser alcançadas em qualquer outro

1188 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 161.

escritório, o argumento revela um certo cinismo¹¹⁸⁹, pois ainda que o indivíduo resida num sítio rodeado por traficantes, isso não constitui motivo suficiente para que ele decida adotar idêntico meio de vida. Por igual, ninguém deve se tornar estelionatário, ainda que diversos de seus familiares e amigos próximos o sejam. Cada indivíduo é, e deve ser, senhor do seu destino, mas deve ser igualmente responsável por suas escolhas, e pelas consequências que daí advierem. Aliás, quanto isso se mostra muito oportuno o alerta de Frank Outlaw: “Cuidado com seus pensamentos, pois eles se tornam palavras; cuidado com suas palavras, pois elas se tornam ações; cuidado com suas ações, pois elas se tornam hábitos; cuidado com seus hábitos, pois eles se tornam o seu caráter; e cuidado com seu caráter, pois ele se torna o seu destino”¹¹⁹⁰.

Berruezo e Coppola consignam ainda que haverá situações em que o participante não aceita prestar um serviço de caráter neutro, mas configura especificamente a sua prestação de forma a enquadrar-se num contexto de comportamento criminoso. Em tal hipótese se encontram os advogados que prestam assessoria em prol de empresas criminosas, e cuja prestação de serviços é especificamente concebida com a finalidade de contribuir para a prática do crime. Tais casos não podem ser resolvidos com a simples aplicação da proibição de regresso, pois independentemente do sentido perseguido subjetivamente, o advogado favoreceu e se envolveu no desenvolvimento do projeto delitivo, de modo que seus “serviços profissionais” representaram uma contribuição punível para o ato criminoso. Concluem que nessa situação o comportamento do advogado deixaria de ser uma conduta neutra, e a regra da proibição de regresso seria inaplicável.

Quanto à presença do risco específico de continuidade delitiva, com o qual se deparam os advogados (e também outros profissionais jurídicos de setores sensíveis ao branqueamento, tais como os notários, por exemplo), Martínez Buján¹¹⁹¹ sugere uma proposta de caráter geral, baseada em dois critérios: a) o primeiro reside na conexão espaço-temporal com o fato cometido pelo autor, de tal modo que, quanto mais próxima e objetivada esteja a realização do

1189 O cinismo, enquanto corrente filosófica, teve origem com um dos discípulos de Sócrates, Antístenes (445-365 a.C.). A partir dos ensinamentos de Sócrates, Antístenes assumiu que a virtude é o que fundamenta a existência humana, e não o prazer. Para os cínicos, a filosofia moral não poderia estar separada do modo de vida dos filósofos. Eles deveriam ser exemplos daquilo que afirmam. O termo Cinismo tem origem no grego *kynismós*, que significa “como um cão” e reflete a forma de vida dos adeptos dessa filosofia. Os filósofos cínicos eram identificados por possuírem apenas um manto dobrado como vestimenta, um bastão para auxiliar nas caminhadas e uma sacola para carregar algum donativo. Desde então, o significado de cínico é atribuído às pessoas que não possuem apego às convenções sociais e se sentem superiores por isso. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/cinismo.htm>. Acesso em: 29.01.2023.

1190 Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/OTYxODkz/>. Acesso em: 29.01.2023.

1191 BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. Ob. cit., p. 564.

tipo, mais fácil será determinar se existe uma conduta de adaptação, e consequentemente, rejeitar que se trate de uma conduta neutra; b) o segundo reside na disponibilidade geral da prestação do interveniente, no sentido de que, quanto mais cotidiana seja a atividade de favorecimento, mas difícil será afirmar a punibilidade do partícipe. O jurista chileno arremata que, por tais razões, a responsabilidade penal, ou a ausência dela, deve passar pelo exame dos elementos normativos próprios do tipo objetivo: primeiro, a afirmação da concorrência do delito prévio exigido pelo próprio tipo penal; segundo, e já no âmbito da imputação objetiva, se a conduta específica do agente estava de acordo com sua função profissional (de molde a situá-la no campo das condutas neutras), ou se consistiu num excesso que se integrou posteriormente no plano delitivo do autor (sem permitir ao partícipe a isenção própria da regra de proibição de regresso).

Finalmente, acerca da temática em exame, a qual será retomada com maior aprofundamento no penúltimo capítulo deste trabalho, é oportuno observar que Rafael Berruezo e Nicolás Coppola¹¹⁹² não conseguem disfarçar suas concepções eminentemente corporativas¹¹⁹³, razão por que sustentam que a regra da proibição de regresso sempre favorece os advogados, sejam eles “de operação” ou “do contencioso”. Argumentam que tanto a defesa, quanto à assessoria jurídica que sejam prestadas pelo advogado, são sempre e invariavelmente condutas neutras de *per se*, isto é, são padronizadas e estão de acordo com o livre exercício da profissão e do direito constitucional de defesa, razão por que a conduta profissional não supera o espaço de liberdade reconhecido juridicamente como risco socialmente tolerado.

Em aparente reforço argumentativo, Asmat Coello sustenta ser evidente que no caso de simples pagamentos de honorários profissionais, inexistente ato de conversão, transferência, ocultação ou posse, que se enquadre objetivamente em um processo de branqueamento de dinheiro, na medida em que o titular dos ativos ilícitos atua apenas como cliente e consumidor, enquanto o advogado, longe de procurar integrar bens ilícitos ao tráfico jurídico

1192 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 162.

1193 Nicolás Coppola é advogado e investigador na Universidade Católica de Cuyo, em San Luís, na Argentina. Rafael Berruezo é professor de direito penal na mesma Universidade de Cuyo, mas também exerce a profissão de advogado, tendo se graduado pela Universidade Nacional de Córdoba, com especialização em direito penal, pela Universidade Austral. É ainda doutorando pela Universidade de Mendoza e pela Universidade Autônoma de Madri. Atuou profissionalmente como advogado de janeiro de 1995 a setembro de 1997, após o que integrou o Ministério Público até setembro de 2007, quando então retomou as atividades advocatícias. Disponível em: <https://aidpee.org/wp-content/uploads/2018/03/CURRICULUM-VITAE-BERRUEZO.pdf>. Acesso em: 29.01.2023.

para ocultar os efeitos do crime, se comporta como um profissional que recebe honorários por um serviço prestado¹¹⁹⁴.

Revigorando as lúcidas reflexões de Pérez Manzano, e conforme já destacado linhas atrás, não existem condutas neutras de *per se*, pois qualquer conduta que, genérica e abstratamente possa aspirar o adjetivo de neutra e penalmente atípica, somente poderá ser confirmada como tal após ser examinada à luz das circunstâncias do caso concreto. Portanto, embora sabendo que o cliente é um criminoso profissional, que não exerce nenhuma atividade laborativa lícita, que vive exclusivamente de suas atividades criminosas, cujo patrimônio do cliente é integralmente composto por vantagens ilícitas; se ainda assim, o advogado recebe seus honorários profissionais em tais circunstâncias, poderá até não estar incurso no tipo penal de branqueamento de capitais, mas seguramente poderá ser enquadrado pelo delito de receptação. Por outro lado, se o advogado presta consultoria jurídica sobre uma operação financeira que o cliente deseja realizar, mas, a partir de seus conhecimentos técnicos especializados, percebe a elevada probabilidade de que o cliente almeje realizar tal operação para branquear vantagens de origens ilícitas, é muito discutível que a atuação do advogado seja penalmente irrelevante, sendo possível inclusive que possa ser enquadrada como participação no branqueamento do cliente.

Relativamente à chamada “atuação de acordo com o rol”, Zaffaroni¹¹⁹⁵ argumenta que o problema da imputação objetiva, na visão jakobsiana, gravita em torno da frustração das expectativas derivadas de uma função social inerente a todos os indivíduos, posto que todos desempenhamos papéis sociais (professor, médico, pai, advogado, juiz, por exemplo). Segundo Jakobs, o poder punitivo garantiria a segurança das expectativas conforme os papéis sociais desempenhados por cada indivíduo, razão por que não é razoável esperar que o professor corrompa seus alunos, ou que o médico mate seus pacientes, tampouco que o pai abandone seus filhos. Nessa esteira, a eventual ocorrência de um resultado prejudicial, mas que não derivou de violação das expectativas correspondentes ao respectivo papel social não deve ser objetivamente atribuível aos agentes.

Por outro lado, considerando que, tanto em Portugal quanto no Brasil, os advogados são considerados essenciais (CRP/76, art. 208º) e indispensáveis à administração da justiça

1194 ASMAT COELLO, Diana Marisela. *Los abogados como integrantes de una organización criminal. Apuntes sobre la conducta neutral en el ejercicio de la profesión de abogado y el secreto profesional*. In: Revista Oficial del Poder Judicial. v. 9. n. 11, Lima. jan.-jun. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/7-Texto%20del%20art%C3%Adculo-808-1-10-20210219.pdf>. Acesso em 29.01.2023.

1195 ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 392.

(CF/88, art. 133), não é razoável admitir que possam deliberadamente atuar em desprestígio de tal bem jurídico, e que possam legitimar vantagens financeiras de origem espúria, ainda que por meio de conversão das mesmas em verba honorária. De fato, agir de tal forma avilta os mais elementares preceitos éticos.

Por simetria de razões, não se pode tolerar que juízes transformem suas sentenças em instrumentos de injustiça, ainda que invocando a mais sólida fundamentação jurídica. Com efeito, se um juiz condena um inocente movido por quaisquer interesses escusos, ou se absolve um arguido contra o qual pesam provas robustas de seu crime, e consegue fazê-lo com maestria, através de uma sentença impregnada de sofismas, isto certamente será aviltante, pois este não é o papel social conferido aos magistrados. Portanto, é preciso que a delimitação dos papéis sociais dos profissionais da seara jurídica seja feita com muita temperança, mas também com muita ética, pois, do contrário, praticamente qualquer comportamento poderá ser albergado pelo rótulo de ação neutra.

Acerca do tema em debate, Mateo Bermejo sustenta que o ponto essencial da argumentação de Müssig¹¹⁹⁶ é a adequação ao rol de um contrato de honorários, no contexto normativo da defesa criminal. Segundo a concepção do jurista alemão, ao aceitar o patrocínio de um arguido a quem foi imputada a prática de lavagem de ativos (StGB, §261), como crime subjacente ao branqueamento, não deve afetar o caráter adequado ao rol próprio de um contrato de honorários, ou do recebimento de tais honorários, isto porque o advogado defensor somente atuará fora de seu papel social se agir com dolo direto. Portanto, argumenta Müssig que é preciso que o advogado tenha um conhecimento claro sobre a origem ilícita de seus honorários. Tal concepção corresponde a uma aplicação, na teoria do delito, da interpretação conforme a Constituição, e que foi implementada pelo Tribunal Constitucional alemão quando se deparou com um problema desta estirpe, e que será objeto de análise no último capítulo deste estudo.

Finalmente, até mesmo Berruezo e Coppola admitem que há situações em que, simulando uma atuação profissional legítima, o advogado poderá ser enquadrado pelo crime de branqueamento. Os juristas argentinos propõem o exemplo de que, como parte de seu trabalho, o “advogado de operações” constitua “empresas de papel” para logo em seguida utilizá-las na lavagem de ativos¹¹⁹⁷. Nessa hipótese, admitem ser evidente que o advogado

1196 WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo. *Honorarios de los abogados defensores en causa penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución?* In: ZIS. n. 11, 2007. p. 454. Disponível em: <https://zdocx.com.br/download/honorarios-abogados-lavado-dinero-w1knyxygk1r?hash=7eb4fbaedab6cc69ac282133e08e4cf5>. Acesso em: 29.01.2023.

1197 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 164.

terá decidido tomar parte na empreitada criminosa, e que sua conduta corresponderá a um papel impróprio ao seu ofício. Por consequência, será adequado formular contra o advogado um juízo de imputação objetiva de branqueamento de capitais.

De fato, o advogado comete desvio funcional no momento em que, voluntariamente, decide integrar uma organização criminosa, pois seu comportamento deixará de ser socialmente adequado, deixará de ser neutro ou inócuo, e em tais circunstâncias desaparece a regra da proibição de regresso. A mesma natureza criminosa se verifica quando o advogado simula o recebimento de honorários profissionais, para logo em seguida redirecionar parte do dinheiro sujo a destinatários outros indicados pelo pseudo-cliente. Também nessa hipótese seria absurdo sustentar que o advogado agiu no exercício legítimo de sua profissão. Muito ao contrário, nessa situação o advogado estará praticando a mais autêntica conduta de branqueamento de ativos ilícitos, e na medida em que se presta a tal papel subalterno, enodoa severamente a própria beca.

Relativamente ao último dos cinco ângulos de análise da criação do risco proibido, Carlos Lascano¹¹⁹⁸ argumenta que, embora violados os limites de um risco permitido, e mesmo produzido um resultado lesivo, a imputação objetiva não terá lugar se tal resultado específico não estiver abrangido pelo fim protetivo da norma. O argumento é reforçado por Gimbernat Ordeig, segundo o qual, por razões teleológicas, não se pode aplicar o juízo de tipicidade a uma ação imprudente e geratriz de um resultado típico, se a norma que impõe o dever de diligência foi erigida para evitar resultado diferente daquele que se produziu no caso concreto¹¹⁹⁹.

Em síntese, entende o jurista de Sevilha que são excluídos da imputação penal os riscos não contemplados na finalidade de proteção da norma. Por consequência, e a prevalecer essa lógica, a conduta do advogado, vista como uma prestação de serviços socialmente usual e padronizada, não teria potencial para afetar o bem jurídico protegido pela norma incriminadora do branqueamento de ativos, de vez que o recebimento de honorários não representaria a entrada dos bens na circulação econômica legal. Todavia, Mateo Bermejo adverte que o objetivo de concretizar ou restringir o tipo penal através de considerações normativas destaca o problema mais importante, vale dizer, a inexistência de um critério único a partir do qual se protege o bem jurídico, e tal questão representa o ponto de partida de uma interpretação teleológico-normativa na seara jurídico-penal¹²⁰⁰.

1198 LASCANO, Carlos. Imme y Claus Roxin. Conferencias. Córdoba: Mediterránea, 2012. p. 40.

1199 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 217.

1200 WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo. Ob. cit., p. 454.

De fato, é preciso compreender que a eleição de bens jurídicos que devem ser protegidos, e a partir dos quais se constroem normas penais incriminadoras, representam como que uma causa finalística, ou uma exposição de motivos que empreste legitimidade ao respectivo tipo penal. Isso não implica dizer, contudo, que se pode eximir uma conduta do âmbito de abrangência do tipo penal apenas porque uma das facetas de tal comportamento corresponde também a um comportamento tido como socialmente adequado.

Para melhor compreensão do raciocínio, imagine-se a seguinte equação: a) proferir sentenças constitui um dos papéis socialmente adequados do juiz; b) agindo com desvio de finalidade, pode um juiz manejar sua sentença para favorecer um amigo oculto, ou prejudicar um inimigo não declarado; c) considerando que o ato de proferir sentença corresponde a um papel social do juiz, ainda que ele venha a conspurcar o conteúdo de sua decisão por meio de motivação inidônea, não poderia responder por corrupção, ou por prevaricação, pelo simples motivo de que a sentença viciada gerou riscos não contemplados na finalidade de proteção da norma incriminadora.

Para uma percepção ainda mais fácil do argumento, conceba-se que um medicamento foi desenvolvido para aplacar determinada patologia, mas tempos depois, com a evolução da ciência médica, se descobre que o mesmo remédio também produz efeitos favoráveis no tratamento de outras doenças. Entretanto, a prevalecer a lógica de Carlos Lascano e Gimbernat Ordeig, o remédio não deve ser usado contra a segunda doença pelo simples fato de ter sido concebido apenas para o tratamento da moléstia originária. Por óbvio, o raciocínio não se sustenta, pois busca lastro em alicerce quebradiço.

b) Atuação posterior ao branqueamento

Convém examinar igualmente a conduta do advogado que ocorreu após a consumação do delito de branqueamento, e que, na maioria das vezes, diz respeito ao “advogado do contencioso”, pois o arguido busca designar um patrono judicial de sua confiança para promover-lhe a defesa, e sendo tal patrono um profissional jurídico autônomo, é justo e lícito que ele cobre honorários pelo trabalho de defesa que desempenhará. Sucede que a jurisprudência alemã registra precedentes segundo os quais a cobrança de honorários pelo exercício da defesa foi, não apenas questionada, como também enquadrada como ato de branqueamento de capitais. Embora venham a ser analisados com maior aprofundamento no capítulo final deste trabalho, admitimos ser oportuno manejá-los desde já para densificar o tema objeto deste tópico.

Informa Blanco Cordero que em data de 06 de janeiro de 2000, o *Oberlandesgericht* (OLG) de Hamburgo apreciou uma acusação de branqueamento de capitais, formulada contra um advogado, e decidiu a matéria sob o prisma do tipo objetivo. O causídico foi contratado para defender uma arguida, a qual tinha sido presa em flagrante delito por ter em sua posse cerca de um quilograma de cocaína. Sucede que as investigações apuraram que a flagranteada tinha vínculos com um traficante da região, e este não apenas contratou o advogado como ainda pagou seus honorários, no importe de \$5.000,00 (cinco mil marcos alemães). Nesse cenário, o Ministério Público entendeu que o pagamento antecipado ao advogado se dera por meio de dinheiro proveniente do tráfico, mais especificamente de uma venda ocorrida pouco tempo antes do ocorrido¹²⁰¹, contudo, não foi possível determinar se o advogado estava ciente dessa circunstância, ou se sabia e não se importava com a origem do dinheiro.

Inicialmente, a acusação foi rejeitada pelo *Landericht* (LG), sob a percepção de que estava ausente o elemento subjetivo do tipo na conduta do advogado, mas houve recurso ao *Oberlandesgericht*, e este manteve a decisão anterior, ainda que invocando fundamentos diversos. Segundo a compreensão do OLG, não era necessário investigar mais sobre o conhecimento do causídico acerca da origem do dinheiro, eis que mesmo que restasse provada tal circunstância, a criminalização da conduta do recebimento de honorários maculados acabaria por violar o direito ao livre exercício da profissão da advocacia e o direito ao acusado em escolher seu defensor. A Corte de segunda instância detectou ainda uma evidente colisão entre o propósito de isolar economicamente os criminosos e os direitos fundamentais de todos os acusados à livre escolha de um advogado defensor, bem assim ao direito ao livre exercício da profissão, por parte dos advogados.

Frise-se que o OLG levou em consideração inclusive o debate legislativo travado em torno do tipo penal cristalizado no §261 do StGB, especialmente sobre a dúvida quanto aos limites da pretensão de isolar economicamente os agentes branqueadores, a ponto de criminalizar as condutas dirigidas à satisfação das necessidades mais cotidianas, tais como alimentação, vestuário, consumo de serviços médicos e de serviços jurídicos, dentre outros. Concluiu o OLG que reputar o pagamento de honorários advocatícios como hipótese de branqueamento teria os efeitos seguintes: a) restringiria o direito de escolha do advogado, b) afetaria o livre desenvolvimento da profissão, c) afetaria a relação de confiança entre cliente e advogado, d) geraria a possibilidade de que o advogado escolhido renunciasse ao patrocínio

1201 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards: Com especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo*. In: *Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.) Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 132.

dos interesses dos clientes assim que viesse a conhecer detalhes importantes do caso, e que potencialmente pudessem gerar contra si uma investigação criminal, ou persecução penal por branqueamento.

Conclusivamente, a Corte entendeu que condenar o advogado da traficante de drogas debilitaria significativamente a posição processual da defesa criminal. O multicitado acórdão assinalou ainda que, sancionar criminalmente o advogado que cobra seus honorários com dinheiro proveniente do ilícito anterior em nada contribuiria ao sustento da criminalidade que se pretende combater, além do que o ato de retribuir financeiramente ao advogado defensor representava muito mais um ônus para o arguido do que propriamente um incentivo indutor para que ele continuasse a cometer crimes, sobretudo porque se parte da premissa que os criminosos praticam seus delitos com fins de lucro, e nunca para repartir seus lucros com advogados, quando chamados a responder a ações penais¹²⁰².

Entretanto, na mesma época caso muito semelhante foi apreciado pelo OLG de Frankfurt, o qual adotou posição diversa e se orientou pela solução do dolo, através de sentença prolatada em 04 de maio de 2000. Com efeito, o tribunal superior de Frankfurt partiu da exigência de que o advogado tivesse conhecimento seguro sobre a origem ilícita dos honorários maculados, e assim restringiu a hipótese à ocorrência de dolo direto, de modo a obstar ou dificultar uma condenação, mas sem que isso resultasse em impedimento de uma investigação ou de um processo criminal. Sucede que o Ministério Público recorreu contra a absolvição concedida ao réu, e em 04 de julho de 2001 o BGH reformou o acórdão do OLG de Frankfurt, isto por compreender que a condenação criminal pelo recebimento de honorários maculados não violava o livre exercício profissional do advogado, e quanto ao direito de livre escolha do acusado, a Corte superior salientou que tal direito não comportava que os acusados escolhessem defensores e os remunerasse como dinheiro ilícito.

1202 A essa afirmação, o Tribunal levanta três exceções em que um advogado de defesa pode ser indiciado por branqueamento: a) casos em que os bens adquiridos provêm da prática anterior de crime cuja vítima esteja perfeitamente identificada, tal como honorários pagos com dinheiro de um resgate de vítima sequestrada, ou com o saque do roubo de uma entidade bancária, pois em tais hipóteses a conduta do advogado objetivamente constitui crime, na medida em que contribui diretamente para o empobrecimento da vítima e prejudica interesses constitucionalmente reconhecidos, como o direito à propriedade; b) quando a atuação do advogado interfere no normal funcionamento da administração da justiça, o que acontece quando o advogado não se limita a assistir processualmente o seu cliente, mas intervém em fato relevante para o procedimento, com vistas a alterá-lo de forma favorável ao seu réu, ou quando participa da transferência de bens do crime anterior; c) casos em que o pagamento de honorários nada mais é do que uma fraude contra a proibição do branqueamento de capitais, por exemplo, quando o advogado atua como fiduciário do branqueador.

Kai Ambos¹²⁰³ relata que no mesmo ano de 2001 o BGH se deparou com caso similar, em que advogados foram acusados de defender um casal constituído arguido, pelo cometimento de fraudes milionárias. O caso remonta ao ano de 1994 e ficou conhecido como “*European Kings Club*”. Segundo o relato fático consignado pela doutrina, um casal estava sendo processado pela montagem de um esquema de investimento do tipo “pirâmide” ou “ponzi”, e com isso obteve imensos lucros à custa da boa-fé alheia. Cada um dos advogados recebeu, em efetivo, a expressiva cifra de DM\$200.000,00 (duzentos mil marcos), somente a título de adiantamento de honorários. Além disso, aos advogados foi conferido o direito de que lhes fossem entregues as fianças pagas em setembro de 1994, como condição da liberdade provisória dos réus, fianças estas que alcançavam nada menos que \$500.000,00 (quinhentos mil marcos), cada uma.

O tribunal de primeira instância condenou os advogados por branqueamento, em razão do recebimento de honorários em efetivo, mas os absolveu quanto ao direito de exigir a restituição do valor depositado a título de fiança. O tribunal de segunda instância confirmou a condenação, relativamente ao crime de branqueamento por meio de honorários antecipados em dinheiro vivo, mas cassou a absolvição no tocante à postulação incidente sobre o valor da fiança, por entender que também aquela conduta atraía a incidência do §261 do StGB¹²⁰⁴.

Em outros dois casos semelhantes, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entendeu pela inexistência de violação constitucional do livre exercício profissional do advogado, eis que o direito à livre escolha do acusado sobre seu defensor não o autoriza a pagar o advogado eleito com recursos obtidos criminosamente¹²⁰⁵. E em 30.03.2004, a Corte manteve a condenação de advogados por lavagem de capitais, configurada a partir do recebimento de honorários oriundos de fraudes no mercado de investimentos financeiros. Na sequência, em 14.01.2005, a Corte reconheceu a validade da busca e apreensão em escritório e residência de advogados diante de indícios da participação destes em atividades de lavagem de capitais¹²⁰⁶. Segundo o magistério de Vivian Schorscher¹²⁰⁷, em todos estes casos, o

1203 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 58.

1204 ALEMANHA. *Bundesgerichtshof* (BGHSt). *Colección oficial*. t. 47. n. 68. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2891. JZ 2002, 102. *Análisis detallado y crítico de Matt, Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, p. 137-141 *apud* AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 58-59.

1205 BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering by Defence Counsel. The Decision of the Federal Constitutional Court*. In: German Law Journal, 2004. p. 1047-1048. Disponível em: https://lgcl.csl.mpg.de/attachments/Bussenius_2004_Money_laundering_by_defence_counsel.pdf. Acesso em: 29.01.2023.

1206 ALEMANHA. *Bundesgerichtshof* (BGHSt). t. 43. n. 158. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. n. 42, 1998; además, la nota de Arzt, *Juristische Rundschau*. n. 79, 1999; BGHSt. In: NStZ, 2001, 324 (327: para el §30, I, nº 3, de la Ley relativa a los estupefacientes); SALDITT. *Der Tatbestand der Geldwäsche*. edición especial, 1992.

Tribunal Constitucional Federal levou em conta a desproporcionalidade do valor dos honorários, e o fato da verba honorária ter sido paga em espécie, como evidências de uma configuração de recebimento doloso de honorários maculados.

Em crítica ao aludido acórdão do BGH pertinente aos advogados que defenderam o casal acusado de fraudes milionárias, Berruezo e Coppola¹²⁰⁸ sustentam que a Corte dedicou diminuta atenção aos argumentos da doutrina e aos fundamentos consignados pelo OLG no primeiro precedente aludido linhas atrás. Reconhecem, entretanto, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha se consolidou no sentido de que a cobrança de honorários, conhecendo sua origem criminosa, atrai a incidência do §261 do StGB, sem que do teor gramatical desse preceito se possa extrair qualquer exceção favorável aos advogados defensores criminais, ou de seus honorários, e que tal exceção chegou a ser examinada, mas restou rechaçada durante o respectivo processo legislativo.

Aduzem ainda que, na visão do Tribunal Constitucional alemão, a condenação desse tipo de comportamento profissional não importa em ingerência ilegítima no direito ao livre exercício da advocacia, tampouco na livre escolha do advogado de defesa, eis que tais direitos não comportam a possibilidade de retribuir ou ser retribuído com dinheiro de origem ilícita. E mesmo que os réus não disponham de recursos lícitos para custear suas defesas, ainda assim terão direito ao contraditório e à ampla defesa por meio de defensor público.

A propósito da relação de confiança entre cliente e advogado, entendeu o Tribunal Constitucional que a mesma não é afetada, de vez que as possíveis interferências derivadas de diligências penais contra o advogado devem se basear em indícios de criminalidade que transcendem o mero fato de que o réu conte com um advogado de livre designação.

3.5.7 Atuação dolosa do advogado

Considerando a evidente ampliação do rol de colaboradores obrigatórios da unidade de inteligência financeira dos Estados, por força da Lei nº 12.683/2012, e passando ao largo da

p. 121, *interpreta la temeridad en el § 261 II relativamente al comportamiento del patrocinado como imprudencia consciente. Por otra parte, las peticiones dependerían del patrocinado (133). Compárese también Weyand, Information über Steuern und Wirtschaft*, 1994. p. 663; LEIP. *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 2. ed., 1999. p. 150; DIONYSOPOULOU. *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999. p. 142; MAURACH; SCHROEDER. *Strafrecht, Besonderer Teil*. v. 2. 8. ed., 1999, § 101. nota n. 36; MAIWALD. GA, 1974. p. 257. *apud* AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios "maculados"*. Disponível em: <https://vlex.com.pe/vid/aceptacion-abogado-defensor-honorarios-374984018>. Acesso em: 29.01.2023.

1207 SCHORSCER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. In: *Revista dos Tribunais* v. 863. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007, p. 441.

1208 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. Ob. cit., p. 168.

insurgência corporativa dos advogados, a doutrina aponta firmemente para a impossibilidade do crime de branqueamento de capitais na modalidade culposa. De fato, para a configuração do delito se faz necessário o descumprimento doloso e injustificado dos deveres de colaboração antibranqueamento.

Destarte, em se tratando de conduta omissiva, esta somente será penalmente relevante se gerar a incidência do art. 13, §2º, alínea “a” do CPB, segundo o qual a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, destacando-se que o dever de agir incumbe a quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

Ora, existindo previsão normativa específica quanto ao dever de agir, vale dizer, comunicar ao COAF operações suspeitas de que tenha conhecimento, e sendo tais obrigações claras, perfeitamente conhecidas, e de cumprimento viável, torna-se manifesto o dever de cuidado, proteção e vigilância a caracterizar a posição de garante. Daí resulta que, havendo a consciente inobservância de algum dos deveres inerentes à *compliance*, para viabilizar ou, de alguma forma, facilitar a ocultação de patrimônio de origem ilícita, deve o agente ser penalmente responsabilizado pelo crime de branqueamento de capitais.

E quanto ao elemento volitivo, discute-se a possibilidade de que a punição do agente econômico-financeiro se dê com base em dolo eventual, ou exclusivamente com base em dolo direto, e nesse aspecto subsiste severa divergência doutrinária, mas escassa produção jurisprudencial a respeito, pelo menos no direito brasileiro.

a) Dolo direto e sua caracterização

Para Figueiredo Dias, dolo é o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo do ilícito¹²⁰⁹. De fato, resta caracterizado o dolo direto quando o agente prevê um resultado, e direciona sua conduta na busca de realizá-lo, ao passo que no dolo indireto o agente não busca resultado certo e determinado. Esta segunda modalidade se divide em duas espécies, a saber, alternativo e eventual. O dolo indireto alternativo ocorre quando o agente prevê e deseja, um ou outro dos resultados possíveis da sua conduta, ao passo que no dolo indireto eventual a intenção do agente se volta à obtenção de um resultado, embora aceite que outro, igualmente previsto, venha a ocorrer. No caso em exame há uma corrente restritiva que sustenta que o enquadramento penal do agente econômico-financeiro, por branqueamento de

¹²⁰⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra Editora, 2007. p. 349.

capitais, exige prova cabal do dolo direto, ou seja, a demonstração da ciência plena do mesmo acerca da origem ilícita dos recursos manejados, embora não se exija o conhecimento exato sobre a espécie de infração penal que proporcionou o ganho patrimonial, nem detalhes sobre o *modus operandi* empregado para o seu cometimento.

Daí decorre o argumento de que funcionários de bancos ou profissionais do sistema financeiro em geral não teriam o dever de averiguar a procedência ilícita dos fundos ou, mesmo que saibam ou desconfiem da origem ilícita, se não participam do grupo, associação ou escritório destinado à lavagem, não ocupariam a posição de garantidores da ordem legal e, portanto, incorreriam no crime de branqueamento pela simples realização de operações econômicas normais e cotidianas, ou seja, por meras ações neutras. Alega-se ainda que o livre exercício profissional e a normal circulação de riquezas seriam dificultados com a ameaça de incidência da norma penal.

b) Dolo necessário e sua caracterização

Embora seja certo que dolo é conhecimento e vontade, a doutrina classifica esse elemento do tipo subjetivo em duas modalidades, vale dizer, o dolo direto (ou intencional), e o dolo indireto (ou necessário), também chamado “dolo de segundo grau”. Enquanto aquele se volta de forma ostensiva à consecução dos elementos descritos na conduta típica, neste último o agente efetivamente almeja praticar a conduta, entretanto, prevê que a mesma concretizará o efeito pretendido, mas como uma espécie de efeito colateral. Com efeito, quando o agente age movido por dolo de segundo grau, outros indivíduos diversos da pretendida vítima serão atingidos, mas não representam seu alvo precípua, razão por que são instrumentalizados como se representassem tão somente uma espécie de consequência necessária e inevitável, mas isso não pode ser confundido com a mera assunção de risco, própria do dolo eventual, eis que o agente detém plena consciência dos efeitos colaterais que seu comportamento provocará, e ainda assim, demonstra aderência psíquica a tais efeitos.

Para densificar a hipótese, Figueiredo Dias lança mão do clássico exemplo do indivíduo que insere explosivo em uma aeronave com vistas a matar um desafeto. Ao decidir por tal conduta, o agente é plenamente consciente que a explosão provocará não apenas a morte de seu inimigo, mas também dos pilotos, dos comissários de bordo, e dos demais passageiros, mas, ainda assim, não se demove de seu intento. Nesse cenário a morte do referido inimigo ensejará uma imputação de dolo direto (de primeiro grau), mas as demais mortes de todos os

que estavam na aeronave serão igualmente imputáveis, mas a título de dolo necessário (de segundo grau)¹²¹⁰.

Pondere-se que o dolo de segundo grau não se confunde com o dolo eventual, eis que naquele, o resultado não diretamente visado é necessário para se alcançar o resultado pretendido. Portanto, o resultado ou consequência lesiva se opera de forma paralela, mas ocorrerá necessariamente, ao passo que no dolo eventual, o resultado paralelo é incerto, possível e desnecessário. Aliás, é precisamente a situação preconizada no art. 14º do CP português, segundo o qual “age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta”. Pondere-se mais que, numa escala volitiva, o dolo necessário se encontra acima do dolo eventual, pois neste o sujeito apenas admite a possibilidade do resultado danoso e com ele se conforma, ao passo que no dolo necessário o agente representa o resultado com plenitude, e sabe que ele ocorrerá, mas, ainda assim, não desiste de seu propósito criminoso.

Aplicando tal estado anímico ao crime de branqueamento, podemos conceber uma situação em que o agente percebe que determinada operação financeira se mostra mais do que suspeita, se revela autenticamente temerária, e que importará na ocultação de ativos de origem espúria. Admita-se por hipótese que o agente não deseja especificamente “lavar dinheiro oriundo do narcotráfico”, mas tenciona realizar uma intermediação imobiliária para obter sua comissão. Seu alvo é a venda, e não o mascaramento do dinheiro, mas sabe que ao realizar a venda, estará auxiliando o autor do crime subjacente a ocultar a fonte suja do dinheiro. Diante disso, decide suplantar seus pudores morais e leva adiante a intermediação do negócio, pois sem ele, não alcançará o lucro desejado. Decide que o branqueamento será uma espécie de efeito colateral necessário para que consiga ter êxito em sua intermediação.

c) Dolo eventual e sua caracterização

Fazendo o contraponto, existe também a corrente ampliativa, a qual entende ser cabível a punibilidade por dolo eventual, e acresce ser desnecessária uma previsão legal específica neste sentido. Logo, segundo esse entendimento a responsabilização penal por branqueamento de capitais não exigiria a vontade livre e consciente de ocultar o dinheiro obtido por meios criminosos. Destarte, pouco importaria se o agente desejou efetivamente ocultar patrimônio

1210 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal. Parte Geral. t. 1. Ob. cit., p. 366-367.

ilícito (dolo direto) ou assumiu o risco de contribuir para esse resultado ao inobservar espontaneamente algum dos deveres expressos de colaboração (dolo eventual).

Para melhor compreensão do problema, admita-se, por hipótese, que um consultor financeiro recebe um cliente em seu escritório, e este lhe peça para gerir algumas contas bancárias das quais detém titularidade, e igualmente solicita que o consultor movimente volumosas quantias de dinheiro em curto espaço de tempo, sem justificativa alguma. Caso não seja profundamente ingênuo, o aludido consultor financeiro imaginará que seu cliente esteja pretendendo esconder alguma ilicitude. Talvez chegue mesmo a refletir que as operações se destinem ao branqueamento de capitais, mas não tem certeza quanto a isso, e opta por não perquirir o cliente.

Imagine-se, igualmente, que um advogado seja consultado pelo mesmo cliente, o qual busque sua assessoria e seus conselhos especializados para constituir uma empresa do tipo *offshore*¹²¹¹, ou para orientá-lo sobre como ampliar o objeto social da mesma, de modo a permitir uma ampliação de remessas financeiras ao exterior. E a exemplo de seu colega consultor financeiro, o consultor jurídico do caso hipotético também acolha as solicitações do generoso cliente, obtendo assim régia remuneração por seus serviços especializados, naturalmente sem nada perquirir acerca da origem dos vultosos recursos que envolvem aquela operação jurídico financeira.

Na verdade, ao optarem por nada saberem acerca da origem dos recursos financeiros que estarão ajudando a movimentar, nossos hipotéticos consultor financeiro e consultor jurídico assumiram voluntariamente o risco de estarem contribuindo para dissimulação de cifras oriundas de atividade criminosa, e subsequente evasão das mesmas, e por isso mesmo poderão responder por branqueamento de capitais, por dolo eventual. Tais posturas correspondem precisamente ao que os norte-americanos conceberam como teoria da cegueira deliberada, noticiada por Fausto De Sanctis¹²¹², em alusão aos casos *United States v. Campbell* (977, F.2d 854 – 4th Cir. 1992, decidido pelo Quarto Circuito Federal), e *United States v. Barnhart* (979 F.2d 647, 651-652 – 8th Cir. 1992). E enfrentando o problema sob a ótica da norma interna do Brasil, e especialmente à luz do que dispõe o art. 18, inciso I c/c o

¹²¹¹ Atribui-se o nome *offshore* a empresas e contas bancárias abertas em territórios onde há menor tributação, em comparação ao país de origem do contribuinte, e por isso costumam ser qualificados como paraísos fiscais. Em tais territórios é permitida a abertura de contas ou empresas anônimas. Alguns exemplos são as Bahamas, as Bermudas, a ilha de Nevis, a ilha de Jersey, as Ilhas Caimans, as ilhas Virgens Britânicas, as Seicheles, dentre outras. Alguns países continentais (tais como Andorra, Belize, Luxemburgo, Panamá ou Mônaco) também adotam a mesma postura permissiva e por isso costumam ser denominados como territórios *onshore*.

¹²¹² DE SANCTIS, Fausto Martin. Ob. cit., p. 51.

art. 12, ambos do CPB¹²¹³, nos parece que a razão reside na corrente ampliativa, segundo a qual o emprego do dolo eventual nos crimes de branqueamento de capitais guarda significativa equivalência aos limites traçados pela teoria da cegueira deliberada.

3.5.8 Recebimento de honorários maculados

Considerando que a dogmática em diversos Estados tem se posicionado no sentido de reconhecer o dever de colaboração dos advogados com as unidades de inteligência financeiras, surge o questionamento sobre a possibilidade de responsabilização criminal do advogado que recebe honorários pagos com recursos sabidamente oriundos da prática de infrações penais. Impõe-se distinguir se o pagamento eventualmente recebido corresponde a honorários fingidos ou honorários reais. Quanto aos primeiros, resta indubitado que seu recebimento implica no cometimento de branqueamento de capitais por parte do advogado. Todavia, quanto ao recebimento de honorários reais, vale dizer, sem qualquer falsidade entre o valor contratado e efetivamente recebido, há fundada controvérsia quanto à repercussão penal deste comportamento. Nesse sentido, além dos precedentes da jurisprudência alemã já referidos linhas atrás, o tema também tem provocado debates nos EUA, onde diversas entidades corporativas de advogados têm sustentando a tese da exoneração da responsabilidade penal dos profissionais que atuam no contencioso, e para tanto invocam a preservação do direito de assistência jurídico criminal previsto na 6ª Emenda Constitucional. Talvez o mais famoso paradigma do argumento tenha ocorrido no caso *United States v. Gonzalez-Lopez*¹²¹⁴.

¹²¹³ CPB, Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

¹²¹⁴ Decidiu a Suprema Corte norte-americana em 2006 (548 US 140) que a privação errônea do advogado de defesa do réu lhe confere o direito a uma reversão de sua condenação, por violação à 6ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. A decisão teve origem porque Cuauhtemoc Gonzalez-Lopez, acusado de conspiração para distribuir maconha, no Tribunal do Distrito Oriental do Missouri, foi inicialmente patrocinado por um advogado local (John Fahle), contratado por iniciativa da família do acusado. Entretanto, Gonzalez-López contactou e contratou um advogado da Califórnia (Joseph Low), e o entendimento parecia ser que ambos os advogados trabalhariam juntos em seu caso. No início o tribunal distrital permitiu a atuação conjunta, mas em seguida revogou tal permissão, e deliberou Low, ao fazer anotações para Fahle em uma audiência preliminar, teria violado regras processuais na inquirição de uma testemunha. Na sequência, o réu informou a Fahle que queria que Low fosse seu único advogado, e Low então apresentou outro pedido ao tribunal distrital para ser admitido. O pedido foi rejeitado não apenas pelo tribunal distrital, mas também pelo Tribunal de Apelações do 8º. Circuito dos Estados Unidos. Paralelamente, Fahle formulou uma queixa contra Low, sustentando que este havia violado as Regras de Conduta Profissional de Missouri ao entrar em contato com o acusado, enquanto Fahle o representava, e por isso mesmo desejava se retirar do caso. O tribunal distrital permitiu que Fahle se afastasse da causa, mas entendeu que Low realmente havia violado as normas de conduta profissional, e por isso impediu que o mesmo continuasse a representar os interesses do acusado. Gonzalez-Lopez foi a julgamento

A tese sustentada pela entidade corporativa dos advogados brasileiros é no sentido de que, inexistindo tipo penal específico no ordenamento jurídico brasileiro e inocorrendo prova da intenção de ocultação de patrimônio ilícito por meio do recebimento de honorários, resta inviável a criminalização da conduta do advogado, ainda que ele tenha ciência sobre a origem ilícita dos recursos utilizados pelo cliente no pagamento da verba honorária. O argumento, contudo, não parece ser o mais idôneo, eis que é possível extrair a ciência do advogado sobre a origem maculada dos honorários que aceita, a partir das circunstâncias que envolvem a proporcionalidade ou desproporcionalidade entre o valor pago e o perfil socioeconômico do cliente, bem assim pelo uso incomum de meios de pagamento, tais como depósitos em paraísos fiscais ou valores vultosos pagos em espécie. Com efeito, a exigência de um mínimo de cautela neste aspecto não transforma um advogado em investigador da vida pregressa de seu cliente, tampouco em delator. De fato, apenas o afasta de uma incômoda cumplicidade.

Por tudo isso, conclui Vivian Schorscer que, restando comprovada a ciência inequívoca ou mesmo a alta probabilidade de que os valores recebidos provenham de ilícitos penais, tornam-se legítimas não apenas a responsabilização criminal do advogado, como igualmente a persecução estatal dos bens e recursos que serviram para o pagamento da verba honorária, através de busca e apreensão, arresto, sequestro ou especialização da hipoteca legal¹²¹⁵. Demais disso, mesmo os que sustentam a tese da ausência de conduta penalmente típica por parte do advogado que recebe honorários maculados, admitem que o conhecimento, real ou possível, desta verba honorária de origem espúria não é desprovido de efeitos. De fato, ainda que se admita o argumento de que o advogado não comete crime de branqueamento de capitais ao receber honorários maculados, por dolo direto ou eventual, Daniel Marchionatti defende a possibilidade de responsabilização penal por violação à Lei nº 7.492/86, a qual tipifica os crimes contra o sistema financeiro brasileiro¹²¹⁶.

representado por outro advogado (Karl Dickhaus), que pediu permissão a Low para se sentar com ele na mesa de advogados. O juiz de primeira instância negou o pedido e ordenou a Low que se sentasse na plateia e não falasse com Dickhaus. Ao final do julgamento, Gonzalez-Lopez foi considerado culpado, mas em sede de recurso, o Tribunal de Apelações do 8º. Circuito reverteu a condenação, sob o entendimento de que o tribunal distrital errara ao atribuir a Low violação de regras de conduta profissional, e também errara ao impedir que Low representasse o acusado. Decidiu, contudo, que os erros do tribunal de primeira instância eram de natureza “estrutural”. Adiante, a acusação recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos, e argumentou que embora tenha errado tribunal distrital ao denegar ao acusado o direito à livre escolha de advogado, tal erro deveria estar sujeito a análise de erro inofensivo, e que Gonzalez-Lopez não foi prejudicado pelo erro. A Suprema Corte, contudo, desacolheu a tese da acusação e anulou a condenação do réu.

1215 SCHORSCER, Vivian C. Op. cit., p. 445.

1216 BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de compliance. In: HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). Curso modular de Direito Penal. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010. p. 491-509.

Na esfera administrativa o art. 12 da Lei nº 9.613/98 estabelece a aplicação, cumulativa ou não, das seguintes sanções: a) advertência; b) multa pecuniária não superior ao dobro do valor da operação, ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ao valor de R\$20.000.00,00 (vinte milhões de reais); c) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas descritas no art. 9º daquele diploma; d) cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Nesse tocante, observa-se a possibilidade de uma administrativização do direito penal, que seria utilizado em detrimento do direito administrativo sancionador, tendo em vista sua maior eficácia simbólica. Todavia, sua utilização excessiva, em afronta aos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, abrangeria condutas de alta complexidade nas quais a compatibilização das categorias e critérios dogmáticos sofreriam grande tensão. Por isso mesmo, nesse ponto o debate merece ser aprofundado, e naturalmente não deve ser influenciado por pressões midiáticas e pontuais movidas pelo oportunismo etéreo do clamor social.

Ainda sobre os efeitos da ausência de comunicação de atividades suspeitas por parte do advogado, entende Sanchez Rio que a única sanção cabível seria a multa pecuniária aplicada pelo COAF¹²¹⁷. Bottini, a seu turno, sustenta que a inobservância do dever de comunicação pode acarretar imputação por infringência ao dever de garante, todavia, adverte que, para isso, deve estar demonstrado que o advogado tinha prévio e efetivo conhecimento do processo de branqueamento em curso, além de capacidade de interromper os atos em andamento¹²¹⁸. Argumenta Bottini¹²¹⁹ que o exame cuidadoso da Lei nº 9.613/98 evidencia que o recebimento de honorários maculados não é conduta típica, eis que não consiste em ato de ocultação ou dissimulação (art. 10, *caput*). Pondera que o dinheiro recebido por profissional liberal, em contraprestação a serviços realmente efetuados, com a regular emissão de nota fiscal, não contribui para mascarar o bem, uma vez que seu destino é conhecido, tampouco subsiste o desiderato da lavagem do dinheiro. Daí porque sustenta que a transparência na formalização do pagamento afasta a incidência do dispositivo¹²²⁰.

1217 SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. *Advocacia e Lavagem de Dinheiro*. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 240.

1218 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais*. Comentários à Lei nº 9.613/98, com as alterações da Lei nº 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 60-61.

1219 BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ob. cit.*, p. 198-199.

1220 CABANA, Patrícia Faraldo. *Los autores dei delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 59. Madrid, 2006. Disponível em:

O jurista brasileiro entende igualmente ausentes as demais formas típicas (§§1º e 2º), pela inocorrência da intenção de ocultar ou dissimular no recebimento do pagamento da verba honorária. Argumenta que o advogado tenciona somente obter a remuneração por seus serviços, e quando os recebe pelas vias formais já deixa claro que não pretende contribuir para o seu encobrimento. E sendo o advogado mero beneficiário dos valores lavados não participa do crime, ainda que saiba de sua prática. Aduz mais que o ato de gastar o dinheiro é mero exaurimento do tipo penal da lavagem, de modo que não integra o delito¹²²¹. Arremata seu pensamento aduzindo que tal ilação se aplica tanto ao “advogado do contencioso”, quanto ao “advogado de operações”, eis que a percepção de honorários é relacionada à prestação do serviço profissional, e não com o conteúdo do serviço prestado¹²²². Reconhece, contudo, que bastante diversa será a situação do advogado que recebe os valores a título de honorários, mas em seguida devolve parcela dos mesmos como suposto empréstimo ou pagamento de serviços inexistentes ao cliente, contribuindo para seu mascaramento¹²²³, pois em tal hipótese a conduta do advogado se converterá em autêntico ato de reciclagem, suficiente para cristalizar o crime de branqueamento.

Finalmente, o que se observa é que, apesar do empenho corporativo de órgãos que representam a advocacia brasileira, no sentido de excluir os advogados do rol de obrigados ao dever de *compliance* para com a unidade de inteligência financeira brasileira (COAF), a convergência das normas internas de diversos Estados, inclusive na América Latina, começa a se pavimentar no sentido de que também os advogados se percebam coobrigados na prevenção dos crimes de branqueamento, nomeadamente porque estes derivam da macrocriminalidade, e historicamente estão associados ao tráfico de estupefacientes, ao tráfico de pessoas, ao terrorismo e aos crimes transnacionais.

Por outro lado, considerando não apenas os precedentes da jurisprudência alemã já referidos linhas atrás, como ainda a variedade de casos de branqueamento registrados na jurisprudência da Espanha, dos Estados Unidos e do Brasil (alguns dos quais serão examinados no último capítulo deste estudo), mesmo o segmento mais refratário da doutrina tem reconhecido que determinadas condutas praticadas por “advogados de operações”, e às vezes até mesmo condutas praticadas por “advogados do contencioso”, podem vir a

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10013500180. Acesso em: 29.01.2023.

1221 PEREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 177; RIOS, Rodrigo Sánchez. Ob. cit., p. 145; BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit., p. 190.

1222 PEREZ MANZANO, Mercedes. Ob. cit., p. 205.

1223 RIOS, Rodrigo Sánchez. Ob. cit., p. 145; DE GRANDIS, Rodrigo. Ob. cit., p. 133.

caracterizar o crime de branqueamento de ativos. Aliado a isso, ao longo do título 2.4 deste trabalho observamos que há significativa proximidade entre os tipos objetivos do branqueamento e de outros três delitos: a) receptação, b) favorecimento pessoal, c) favorecimento real.

Nesse cenário, entendemos que seria oportuno examinar algumas situações possíveis que envolvam a atuação profissional de advogados, e examiná-las à luz dos tipos objetivos ora referidos, para diagnosticar hipóteses em que o comportamento do advogado possa eventualmente atrair a incidência de alguns destes tipos penais, bem assim situações nas quais o recebimento de honorários, mesmo que de origem ilícita, configure tão somente contraprestação legítima pelos serviços profissionais prestados. E com vistas a facilitar essa etapa final deste capítulo 3, trazemos ao exame três situações hipotéticas propostas por Rodrigo De Grandis¹²²⁴, *in verbis*:

a) CASO 1: O advogado A é contratado por famoso traficante de substâncias entorpecentes para realizar sua defesa em diversos processos criminais espalhados pelo Brasil. O advogado tem plena consciência que o famigerado traficante não exerce qualquer atividade lícita, dedicando-se exclusivamente à perpetração de crimes contra a saúde pública. Após o término das defesas processuais, A recebe de seu cliente R\$500.000,00 (quinhentos mil reais em dinheiro), a título de honorários advocatícios. Esses recursos são devidamente declarados no imposto de renda do advogado e utilizados para aquisição de um veículo e um apartamento. Ambos os bens são devidamente registrados em nome do advogado;

b) CASO 2: B, advogado especializado em Direito Penal Econômico e Direito Administrativo, é procurado por um senador cuja notoriedade está mais ligada à perpetração de crimes contra a administração pública – em especial corrupção passiva e peculato – do que à representação de seu estado. A proposta do político é clara: o advogado desempenhará sua defesa em um processo de improbidade administrativa e, como contraprestação, receberá R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). O senador, todavia, impõe uma condição: que o advogado devolva-lhe R\$300.000,00 (trezentos mil reais), mediante depósito em uma conta localizada no exterior, registrada em nome de uma empresa *offshore*. O advogado tem conhecimento do passado criminoso do potencial constituinte e que ele, a despeito dos vários processos criminais, jamais foi condenado em sentença transitada em julgado. Além disso, o advogado sabe que o senador é um homem rico. Sendo assim, o especializado causídico concorda com a proposta;

c) CASO 3: O COAF, unidade de inteligência financeira brasileira, comunica o Ministério Público Federal que um grande escritório de advocacia recebeu três remessas internacionais provenientes de um notório paraíso fiscal, efetivadas em nome de um banqueiro que está sendo acusado, no Brasil e

1224 DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 142-143.

nos Estados Unidos, de ter praticado crimes contra o sistema financeiro nacional. Tais remessas perfizeram o montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares) e foram utilizadas pelo escritório de advocacia para o pagamento de salários dos advogados, despesas com aluguel, serviços de telefonia, etc.

a) Verba honorária como meio de branqueamento?

Embora os casos propostos por De Grandis assinalem que os pagamentos dos honorários teriam sido feitos em prol de advogados com domicílio no Brasil, para fins de análise da eventual incidência da legislação portuguesa, tomaremos em conta a hipótese de que os destinatários das verbas honorárias sejam advogados com escritórios situados em Portugal.

Examinando o Caso 1, à luz do ordenamento brasileiro, não é possível afirmar o cometimento do crime de branqueamento, pois o tipo objetivo descrito no art. 1º da Lei nº 9.613/98 exige atos de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Com efeito, considerando que o advogado contratado tinha plena consciência que o traficante que o contratou não exercia qualquer atividade lícita, e que se dedicava exclusivamente à perpetração de crimes contra a saúde pública, resta evidente que o expressivo valor da verba honorária (meio milhão de reais) foi obtido por meios criminosos. Apesar disso, o advogado não buscou dissimular a percepção do numerário, tanto assim que a inseriu como rendimento, em sua declaração de ajuste anual de imposto de renda, e posteriormente usou o dinheiro para aquisição de um veículo e um apartamento, ambos registrados em seu nome. Também por força desta iniciativa resta afastado qualquer propósito dissimulatório do dinheiro, malgrado tivesse ele origem ilícita. Por tudo isso, entendemos que a conduta do advogado do Caso 1 não caracterizaria o crime de lavagem de dinheiro, segundo o ordenamento brasileiro.

Contudo, não se pode alcançar o mesmo raciocínio à luz do ordenamento jurídico português. É certo que o nº 3, do art. 368º-A do CP lusitano delimita o tipo objetivo por meio de atos de conversão, transferência, auxílio ou facilitação de alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal. É igualmente correto que o nº 4 do mesmo dispositivo legal somente se aplica a quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das

vantagens, ou os direitos a ela relativos. E a partir do exemplo proposto não se identifica conduta do advogado para ocultar ou dissimular a origem do dinheiro de fonte ilícita, entretanto, o nº 5 do dispositivo supra assinala que incorre igualmente no delito de branqueamento quem, não sendo autor do fato ilícito típico de onde provêm as vantagens, as adquire, detém, ou utiliza, com conhecimento, no momento da aquisição ou no momento inicial da detenção ou utilização, dessa qualidade. No caso em exame, restou claro que o advogado tinha conhecimento efetivo de que o numerário era de origem ilícita, e provinha do tráfico de estupefacientes, mas ainda assim decidiu aceitar o numerário, ainda que em troca de seus serviços profissionais. Nesse cenário, e considerando que o advogado não figurou como sujeito ativo do crime subjacente, resta claro que não poderia ter aceito o pagamento de seus serviços com recursos indisfarçavelmente ilícitos, sob pena de incorrer no delito de branqueamento. De fato, foram devidamente preenchidos: a) o elemento objetivo do tipo (utilização de dinheiro proveniente do tráfico de estupefacientes), b) o elemento normativo do tipo (prévio conhecimento da origem ilícita do dinheiro), c) o elemento subjetivo (dolo direto de usufruir de recursos financeiros diretamente originados de fonte comprovadamente espúria).

A propósito do Caso 2, sua análise se mostra muito mais fácil, e não resta dúvida que o advogado especializado em direito penal econômico e direito administrativo efetivamente terá cometido o crime de branqueamento, seja à luz da legislação brasileira, seja à luz da legislação portuguesa, pois ao receber R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) do senador corrupto, para logo em seguida restituir 30% (trinta por cento) desse valor através de depósito em uma conta localizada no exterior, registrada em nome de uma empresa *offshore*, é curial que o advogado agiu com propósito dissimulatório. Na verdade, a notória má-fama do político contratante, aliado à sua notoriedade como sujeito ativo de crimes de corrupção passiva e peculato, à diversidade de ações penais em tramitação contra ele (ainda que sem trânsito em julgado), e aos conhecimentos especiais angariados por um experimentado causídico especialista em ramos do direito sensíveis aos interesses da administração pública certamente evidenciaram, para muito além da dúvida razoável, que a indecorosa proposta do senador impunha sua coautoria no crime de branqueamento. Portanto, resta claro que o lucro líquido de R\$700.000,00 (setecentos mil reais), auferido pelo advogado, foi a recompensa não apenas por serviços profissionais legítimos, mas especialmente por ter branqueado R\$300.000,00 (trezentos mil reais).

Quanto ao Caso 3, é preciso ter em mente que o COAF, enquanto UIF brasileira, não detém competência para realizar investigação criminal, mas apenas de detectar operações

suspeitas de branqueamento e informá-las ao Ministério Público ou à polícia judiciária. Na hipótese proposta, o simples fato de uma instituição financeira brasileiro receber recursos oriundos de um paraíso fiscal não é suficiente para cristalizar tais recursos como sendo de origem criminosa, pois não se pode presumir tal circunstância sem deter, pelo menos, evidências indiciárias nesse sentido. Embora as três remessas tenham integralizado a expressiva cifra de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares), e embora o depositante responda por crimes contra o sistema financeiro nacional, ainda assim milita em seu favor o princípio constitucional da presunção de inocência. Por outro lado, os recursos foram utilizados pelo escritório de advocacia para o pagamento de salários dos advogados, despesas com aluguel, serviços de telefonia, etc, e em princípio isso afasta o propósito de conversão, ocultação ou dissimulação do dinheiro recebido. Entretanto, é forçoso reconhecer que banqueiros não são exatamente vocacionados a doações filantrópicas, de modo que somente restarão justificadas tais expressivas remessas financeiras se o dono da banca advocatícia beneficiária tiver como demonstrar, não apenas a ocorrência de uma relação contratual pretérita e legítima com o banqueiro, como ainda a efetiva prestação de serviços profissionais em volume e complexidade compatível com o valor pago. Inexistindo prova de tais premissas será admissível o argumento de que tais remessas financeiras se destinaram à ocultação do dinheiro, mesmo porque sendo dinheiro uma mercadoria eminentemente fungível, poderá ser restituída ao banqueiro, inclusive com lastro em outras fontes lícitas do escritório, e naturalmente após ser descontado um percentual, a título de comissão pelo “serviço de ocultação”. Com efeito, é preciso compreender que as operações de branqueamento não podem ser vistas como momentos instantâneos extraídos de uma única operação financeira, tampouco como fruto de uma máquina de lavar na qual somente se insere no tanque dinheiro sujo junto com dinheiro sujo. A lógica do fenômeno é justamente o oposto, vale dizer, é a de misturar recurso sujo com recurso limpo, e assim sucessivamente, até que a “graxa” do dinheiro sujo reste suficientemente esmaecida para que o ativo financeiro volte ao circuito financeiro com aparência de origem idônea.

b) Verba honorária como receptação?

Relativamente ao crime de receptação, de uma forma geral a doutrina tem reconhecido a proximidade de seu tipo objetivo com aquele próprio do branqueamento, e nessa linha de

entendimento Fausto De Sanctis¹²²⁵ chega mesmo a confrontá-los entre si, sem se descurar de examinar-lhes os tipos objetivos em cotejo com o crime de favorecimento real (CPB, 349) e o enriquecimento ilícito (CPB, art. 317-A). Após confrontar bens jurídicos tutelados, objeto material das condutas, sujeitos ativo e passivo dos delitos, elementos subjetivos e formas especiais de cada um dos crimes assemelhados ao branqueamento, De Sanctis reconhece ser descabida a fusão dos tipos de receptação, enriquecimento ilícito e lavagem de dinheiro, pois “o universo retratado por cada crime não constitui o mesmo, apesar de aparentemente apresentarem similitude, havendo movimento político criminal diverso que os legitima distintamente. A definição da receptação visa tutelar a vítima de um delito patrimonial, porquanto existe nova ofensa ao seu patrimônio. O enriquecimento ilícito primordialmente tutela a Administração Pública, enquanto que a lavagem de dinheiro tutela o sistema socioeconômico-financeiro, de forma imediata (...) e a eficácia da Administração da Justiça. Entretanto, o favorecimento real, que possui por objeto jurídico a proteção da Administração da Justiça (comprometida pelas condutas que impedem a verificação do delito), nada mais se constitui do que uma lavagem de dinheiro de crime praticado no passado, porquanto visa reprimir auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”¹²²⁶.

Adotando semelhante linha de entendimento, Laurindo Souza Netto assinala que “de modo geral a doutrina ressalta o fato de o crime de lavagem ter muito em comum com os crimes de receptação e favorecimento real. Na verdade, esses delitos se constituíram no modelo sobre o qual se desenvolveram os tipos de lavagem nos vários países. (...) Tal se deve ao fato de a Convenção de Viena ter estruturado o crime de lavagem nas hipóteses de receptação (art. 3º, nº 1, “b”, I) e favorecimento (art. 3º, nº 1, “b”, II)”¹²²⁷.

No Brasil, o tipo objetivo da receptação se perfaz através da aquisição, recebimento, transporte, condução ou ocultação, em proveito próprio ou alheio, de coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte (CPB, art. 180). Já em Portugal, o mesmo crime se caracteriza quando alguém, “com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa ou animal que foi obtido por outrem mediante facto ilícito típico contra o património, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse, é punido com pena de

1225 DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. 1. ed. Campinas: Millenium, 2008. p. 71-78.

1226 DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 77-78

1227 SOUZA NETTO, José Laurindo de. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 62.

prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias” (CP, art. 231º, nº 1). Ocorrerá também a incidência desse tipo penal quanto alguém “sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa ou animal que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património” (CP, art. 231º, nº 2). Portanto, o que se observa é que o ordenamento brasileiro criminaliza o recebimento e a ocultação de patrimônio alheio (sob a forma de bens ou recursos financeiros), ao passo que o ordenamento português incrimina a aquisição, recebimento e dissimulação de patrimônio alheio, destacando-se que, segundo as lições de Paulo Pinto de Albuquerque¹²²⁸, o patrimônio alheio recebido e dissimulado pode ser inclusive moeda metálica ou papel-moeda.

Destarte, examinando-se os exemplos hipotéticos propostos por Rodrigo De Grandis à luz do art. 180 do CPB, é possível admitir que: a) no Caso 1, ainda que não caracterize branqueamento de capitais, segundo a lei brasileira, dificilmente se poderia afastá-lo do tipo objetivo da receptação, eis que presente o elemento objetivo do tipo (recebimento de recursos que são produtos de crime), o elemento subjetivo do tipo (dolo direto de aceitar o numerário de origem criminosa), e o elemento normativo do tipo (recurso que sabe ser de origem ilícita); b) no Caso 2, ante o princípio da especialidade, efetivamente se trata de crime de lavagem de dinheiro, e não de uma mera receptação, posto que ficou evidente o propósito de dissimulação do dinheiro através do “regurgitar” de 30% (trinta por cento) da cifra recebida a pretexto de pagamento de honorários profissionais; c) no Caso 3 não se tem o preenchimento sequer do tipo objetivo da receptação, eis que o exemplo proposto não permitiu clareza quanto à origem criminosa da cifra creditada em favor da banca advocatícia, e o fato de ser ela vultosa, por si só não tem o condão de justificar a incriminação da conduta.

Analisando os mesmos três casos hipotéticos à luz do art. 231º do CP português, pode-se afirmar que: a) o Caso 1, por suas circunstâncias fáticas, já atrai a incriminação por branqueamento de dinheiro, nos moldes do art. 368º-A, nº 5 do CP, de modo que fica afastada a incidência da receptação, por força do princípio da especialidade; b) o Caso 2 também não permite a menor dúvida de que caracteriza branqueamento, segundo as diretrizes do art. 368º-A, nº 3, do CP; c) o Caso 3 não chega a caracterizar o delito de receptação por ausência de elementos suficientes ao preenchimento tanto do tipo objetivo, quanto do tipo subjetivo.

1228 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 888.

c) Verba honorária como favorecimento pessoal?

No Brasil, o crime de favorecimento pessoal é tipificado no art. 348 do CPB, e resta caracterizado através da conduta consistente em auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão. Em Portugal, por seu turno, o delito de favorecimento pessoal é praticado sempre que alguém, “total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa” (CP, art. 367º, nº 1), ou quando alguém “prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada” (CP, art. 367º, nº 2). O ordenamento português tipifica ainda uma modalidade de favorecimento pessoal própria, na qual o sujeito ativo é necessariamente um funcionário público, e desde que o mesmo “intervenha ou tenha competência para intervir no processo, ou por quem tenha competência para ordenar a execução de pena ou de medida de segurança, ou seja incumbido de a executar” (CP, art. 368º).

É oportuno aludir que, segundo as lições de Paulo Pinto de Albuquerque¹²²⁹, o crime de favorecimento pessoal pode ser cometido por omissão, quando sobre o agente impende um dever de denúncia ou perseguição da pessoa favorecida, como sucede com entidades policiais e funcionários em relação a crimes de que tomarem conhecimento no exercício de suas funções. Mas a mera omissão de denúncia pelo cidadão comum não constituirá conduta ilícita. Daí é possível cogitar que a conduta dos sujeitos legalmente obrigados aos deveres de prevenção ao branqueamento, que deliberadamente se omitem quanto ao dever de informação sobre operações suspeitas, pode eventualmente configurar o crime de favorecimento pessoal, segundo o ordenamento português.

Cotejando os três casos propostos por Rodrigo De Grandis com as disposições do ordenamento português e brasileiro não se verifica a incidência do crime de favorecimento pessoal em quaisquer deles, pois o propósito específico desse tipo penal é favorecer a impunidade do autor de um crime pretérito, e não a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Observe-se que o tipo objetivo do crime em análise não chega sequer a ostentar os contornos de uma ocultação de autoria, mas tão somente de favorecer a fuga do agente de um

1229 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Ob. cit., p. 1144.

crime pretérito. Se trata, portanto, de uma ação física voltada a evasão de um pretenso criminoso, e não a ocultação das vantagens por ele obtidas em seu delito.

d) Verba honorária como favorecimento real?

A propósito do crime de favorecimento real, no Brasil restará caracterizado quando alguém presta a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime (CPB, art. 349), mas tal incriminação sequer existe no ordenamento lusitano. É possível perceber que o tipo objetivo do favorecimento real corresponde a uma espécie de branqueamento de dinheiro com contornos bastante genéricos, pois o fim da conduta é tornar seguro o proveito de um crime subjacente, tal qual se verifica na lavagem de dinheiro. Está implícito nessa espécie de delito, o ato de ocultação do objeto do crime subjacente, mas tal ocultação não precisa ser sofisticada; muito ao contrário, a simplória descrição do tipo nos aponta para uma ocultação eminentemente física, e ainda que não se descarte algum fim de lucro por parte do favorecedor, tal estado anímico se mostra irrelevante para cristalização do tipo, de modo que, em princípio, nada obsta que o fruto do crime pretérito seja integralmente restituído ao delinquente favorecido.

Pondera Carlos Welter¹²³⁰ que o favorecimento real assemelha-se à receptação, distinguindo-se desta, no entanto, pelo fato de que o auxílio prestado tem por objetivo assegurar o proveito do crime, dificultando ou impedindo a ação da justiça. Para sua configuração é necessário que a conduta não caracterize receptação, isto porque o propósito do agente está no prestar auxílio para que o criminoso se furte à ação da justiça, e não necessariamente em lograr vantagem econômica a partir da prática do delito antecedente. O proveito advindo de sua prática pode se constituir em qualquer vantagem, direta ou indireta, seja de natureza natural ou moral, obtida ou esperada em face do crime. Caso o propósito do agente seja o de buscar vantagem econômica, se estará diante da receptação, e não do favorecimento.

Examinando os três casos propostos por Rodrigo De Grandis à luz do art. 349 do CPB, é imperativo rejeitar a ocorrência de favorecimento pessoal em qualquer um deles, eis que resta claro que o propósito motriz dos três beneficiários de honorários maculados não é propriamente favorecer clientes criminosos, mas tirar vantagens financeiras em benefício próprio, e nos três casos, especialmente nos dois primeiros, o que se observa é um estado

1230 WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 161.

anímico de aparente indiferença ao fato de que o dinheiro sujo recebido representa vultoso gravame ao patrimônio jurídico de muitas vítimas. Daí se infere o dolo direto de auferir vantagem ilícita, ainda que construído a partir de uma postura de conformação diante dos resultados lesivos impostos às vítimas dos crimes subjacentes.

e) Verba honorária como contraprestação legítima?

É lógico que a perspectiva mais interessante para ponderável parcela dos doutrinadores, especialmente para aqueles que conjugam atividades acadêmicas com o ofício advocatício, é que a percepção de honorários advocatícios seja sempre, e invariavelmente, considerada como ação neutra, desprovida de interesse punitivo penal. Entretanto, é fundamental relembrar as prudentes lições de Pérez Manzano, segundo a qual não existem condutas neutras de *per se*, pois qualquer comportamento que possa ser abstratamente reputado neutro e penalmente atípico, pode assumir sentido delitivo em certas condições, de modo que é sempre necessário analisar o comportamento a partir da imputação objetiva.

O exame do tema nos remete às criteriosas reflexões de Claudius Rotheburg que revelam ampla objeção à proposta de que o ofício advocatício, em qualquer circunstância, esteja blindado de responsabilização penal. Nesse sentido, argumenta o livre-docente em direitos humanos da USP que “se o autor de delitos antecedentes à lavagem de bens pudesse contratar francamente seu advogado, valendo-se impunemente do produto de sua atividade criminosa, esse autor ficaria numa situação privilegiada em relação a outros criminosos, e até em relação às pessoas em geral, que só teriam recursos lícitos, muitas vezes arduamente obtidos de trabalho e investimentos regulares, para bancar causídicos prestigiados. Sem precisar justificar a origem dos recursos que remuneram regamente os profissionais da advocacia, os autores teriam, pois, uma dupla motivação para o crime: se não fossem descobertos, aproveitariam o produto; se fossem descobertos, poderiam contratar advogados de prestígio. Por isso que me parece claramente impregnada de ‘sentido delitivo’ a inclusão do pagamento dos honorários nos desdobramentos normativos do tipo”¹²³¹.

É imperativo destacar que o livre exercício da profissão, qualquer que seja o ofício profissional, jamais autoriza que o respectivo obreiro se comporte como cúmplice de um cliente criminoso, especialmente nos casos de branqueamento, para que, nas palavras de Kai

1231 ROTHENBURG, Walter Claudius. Um direito criminal menos indiferente. In: RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

Ambos, o agente do delito de lavagem permaneça sentado em seu capital sujo¹²³². Nesse sentido, merece encômios a lúcida reflexão de Sánchez Rio, segundo a qual “embora as divergências sobre o tema causem desconforto à classe dos advogados, uma vez que se procura impor um limitador ao exercício da profissão, é preciso reconhecer que nenhuma classe profissional goza de imunidade absoluta”¹²³³. O jurista aduz ainda que “resulta claro que, se o profissional do direito presta assessoria legal e direciona seu conhecimento para a realização de alguma fase do delito, a sua conduta já se encontra enquadrada no âmbito da repressão”¹²³⁴, pois “o advogado que instruiu seu cliente sobre formas de branqueamento de capitais não pode amparar-se no exercício legítimo de um direito, ofício o cargo, pois a lei não acolhe o exercício abusivo ou antissocial do direito e deverá responder por sua colaboração no delito”¹²³⁵.

Aliás, para densificar a ideia de que não se pode blindar penalmente qualquer conduta, a pretexto de que a mesma se refere ao exercício da advocacia, Wolfgang Frisch aponta exemplos clássicos de postura profissional abusiva e amplamente dissociada do conceito de ação neutra, consistentes na elaboração de contrato fictício para eventual consultoria não realizada, ou ainda quando o profissional cede seu nome para abertura de “contas fantasmas”¹²³⁶. E na mesma linha de pensamento de pensamento, Sánchez Rio pondera que “a existência de um contrato de honorários escrito não afasta de plano a incidência do tipo de lavagem, mas auxilia no reforço do afastamento de qualquer sentido delitivo ou de instrumentalidade auxiliar com a conduta do autor principal. Ao mesmo tempo, o mero contrato verbal caracteriza uma aproximação na esfera da configuração típica, podendo indicar um sentido delitivo residente no favorecimento ou facilitação da conduta principal”¹²³⁷.

Frise-se que a adoção de estratégias de *compliance* por parte de bancas advocatícias tem ganhado mais corpo em vários países do mundo, razão por que, em sintonia com a ideia inspiradora dos deveres de prevenção, Sánchez Stewart salienta que um elemento que contribuiria decisivamente à interpretação da normativa de prevenção à lavagem de capitais

1232 AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados. Lavado de dinero? Intentos de restricción del tipo penal de lavado (blanqueo) de dinero a la luz de los derechos internacional y extranjero*. Trad. Dino Carlos Caro Coria. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 12.

1233 RIO, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

1234 RIO, Rodrigo Sánchez. *Ob. cit.*, p. 85.

1235 ARÁGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 258.

1236 FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico y imputación del resultado*. Trad. Joaquim Coello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 313.

1237 RIO, Rodrigo Sánchez. *Ob. cit.*, p. 180.

seria a criação de um órgão autorregulador da advocacia com a finalidade de receber informação suspeita que lhe permita estabelecer convênios de colaboração com entidades de outros países, o qual implicaria num maior nível de informação e numa maior segurança jurídica na atuação dos profissionais da advocacia, na hora de intervir em operações econômicas e de intermediação financeira”¹²³⁸.

Diante de tudo quanto exposto neste tópico final, resta evidente que os dois primeiros casos hipotéticos propostos por Rodrigo De Grandis nada ostentam de postura profissional lícita, eis que na mais branda das interpretações a conduta do advogado contratado e pago pelo famoso traficante, sabendo que a verba honorária era proveniente de rendimentos dos tráfico de estupefacientes, configura crime de receptação. Por outro lado, o caso do advogado contratado pelo senador corrupto, contemplado com honorários de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), sob a condição de restituir R\$300.000,00 (trezentos mil reais), mediante depósito em uma conta do exterior, registrada em nome de empresa *offshore*. configura crime de branqueamento em qualquer Estado civilizado do planeta. Entretanto, na hipótese do Caso 3, relativo às remessas financeiras que totalizaram US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares) e foram utilizadas pelo escritório de advocacia para o pagamento de salários dos advogados, despesas com aluguel, serviços de telefonia, dentre outros, é razoável admitir que indique o recebimento de verba honorária como contraprestação legítima, desde que: a) exista um prévio contrato escrito entre a banca advocatícia e o banqueiro acusado de crimes contra o sistema financeiro; b) tal contrato assinale serviços profissionais efetivos, e não contenha mera previsão genérica de consultoria; c) os serviços tenham sido realmente prestados, e sejam comprováveis por via documental idônea; d) os valores ajustadas sejam compatíveis com a complexidade e duração dos serviços advocatícios; e) os advogados beneficiários desconheçam a mais remota suspeita de que o numerário pago a título de honorários seja de origem ilícita; f) os advogados não tenham deliberadamente se afastado da possibilidade de detecção de suspeitas sobre a origem do dinheiro.

Com efeito, é preciso perceber que absolutamente nenhum exercício profissional está imune a riscos, precisamente porque o próprio curso da vida humana atrai riscos diários. Portanto, qualquer profissional que ignore seus próprios conhecimentos especiais, que tangencie suas próprias suspeitas, que sufoque dentro de seu cérebro basal os conhecimentos intuitivos que buscam aflorar ao córtex cerebral, e assim proceda fiado na perspectiva de que

1238 SÁNCHEZ STWEART, Nielson. *Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención*. In: *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STWEART, Nielson (org.). Valência: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 132.

pecunia non olet, seguramente estará equivocado, e atrairá para si, pelo menos potencialmente, alguma responsabilidade criminal.

Finalmente, é necessário aludir que o ordenamento jurídico é dinâmico, e conquanto o Parlamento sofra influências dos mais variados segmentos sociais, naturalmente seria ingênuo imaginar que a maior corporação profissional de advogados do planeta não influenciaria o Congresso Nacional brasileiro¹²³⁹. Nessa ordem de ideias, ainda em 02 de junho de 2022 foi editada a Lei nº 14.365, a qual alterou alguns dispositivos da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), mas também inseriu outros. Uma destas inovações reside na inserção do art. 24-A, segundo o qual, “no caso de bloqueio universal do patrimônio do cliente por decisão judicial, garantir-se-á ao advogado a liberação de até 20% (vinte por cento) dos bens bloqueados para fins de recebimento de honorários e reembolso de gastos com a defesa, ressalvadas as causas relacionadas aos crimes previstos na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), e observado o disposto no parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal”.

A partir de tal inovação legislativa de questionável constitucionalidade, em recente acórdão, a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo ratificou a ordem de liberação de até 20% (vinte por cento) do patrimônio sequestrado de três réus, para que fosse utilizado como pagamento de honorários advocatícios. O órgão julgador de primeira instância já havia se posicionado nesse sentido, mas o Ministério Público bandeirante interpôs recurso sustentando que a liberação seria indevida, não apenas porque os ativos apreendidos tinham origem ilícita, mas também porque os apelados possuíam outras fontes de remuneração. Entretanto, o argumento não sensibilizou a relatoria do caso, segundo a qual “não se ignora a existência de indícios veementes de que o patrimônio amealhado pelos réus constitua proveito de atividades criminosas, que são objeto de ações penais que tramitam por este juízo, já que o grupo familiar, pelo que se pode concluir em cognição sumária, não dispunha de rendimentos lícitos que pudessem proporcionar-lhe a evolução patrimonial por ele experimentada. No entanto, não há, na legislação em vigor, espaço para qualquer discussão a respeito da origem do patrimônio, ao menos para fins de obstar a liberação de bens que a defesa pretende”¹²⁴⁰.

Com o devido respeito, tal precedente não honra as melhores tradições do TJSP, pois qualquer dispositivo legal deve ser interpretado à luz dos preceitos constitucionais. É curioso

1239 CHÉROLET, Brenda. Brasil é o país com maior número de advogados por habitantes do mundo, diz OAB. Cerca de 1,3 milhão de pessoas exercem a profissão regularmente. In: Educa mais Brasil, jun. 2023. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/carreira/brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-advogados-por-habitantes-do-mundo-diz-oab>. Acesso em: 01.07.2023.

1240 MIGALHAS. TJ/SP libera patrimônio de réus para pagamento de honorários. In: Migalhas Quentes, jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/388999/tj-sp-libera-patrimonio-de-reus-para-pagamento-de-honorarios>. Acesso em: 01.07.2023.

(e lamentável) observar que o legislador decidiu criar uma “fatia patrimonial imune”, a qual tem como destinatários exclusivos os advogados, com prevalência sobre todas as demais profissões. Poder-se-ia argumentar que a saúde do réu representaria valor maior e mais consistente para justificar o desbloqueio de patrimônio suspeito de ter origem criminosa, contudo, talvez o *lobby* dos médicos não seja tão eficaz, pois o legislador brasileiro se mostrou especialmente sensível apenas à fonte de renda dos advogados. Com a devida vênia dos que pensem em sentido contrário, tal privilégio corporativo não parece ser compatível com o texto constitucional, seja à luz do art. 5º, seja especialmente à luz do art. 133, ambos da CF/88, pois não se pode ignorar que, no exercício de seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social (Lei nº 8.906/94, art. 2º, § 1º)¹²⁴¹. Além disso, não é razoável que exista algum contributo social legítimo quando recursos de origem criminosa são liberados, ainda que sob uma autêntica burla de etiquetas. Precisamente por isso não se afigura legítimo o estabelecimento de uma “quota branqueável” de ativos, por meio do pagamento de honorários maculados. De fato, talvez a subsistência de algum pudor moral tenha justificado a ressalva contida no novel art. 24-A do Estatuto da OAB, no sentido de que nada do patrimônio bloqueado poderá ser liberado se houver suspeitas de que o mesmo seja derivado da traficância de drogas. Contudo, é imperativo reconhecer que, a exemplo dos empreendedores legítimos, também os “empreendedores do crime” costumam diversificar suas atividades, razão por que é sempre possível que seu patrimônio derive de fontes variadas (tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de pessoas, tráfico de órgãos humanos, por exemplo).

3.6 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) Somente a adoção de um conceito estrito e limitado da *willful blindness* pode conduzir à equivocada interpretação de que seria ela incompatível com um sistema jurídico afeto ao *civil law*, eis que, mesmo sob o prisma do conhecimento psicológico dos comportamentos humanos, há uma equivalência estrutural entre consciência e indiferença, contudo, isso não implica dizer que exista exata equivalência entre a cegueira

1241 FERREIRA, Antônio Oneildo. Munus público da advocacia é respeito ao cidadão e interesses da sociedade. In: Consultor Jurídico, set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-18/antonio-ferreira-munus-publico-advocacia-respeito-cidadao>. Acesso em: 01.07.2023.

deliberada e dolo eventual, ou entre a cegueira deliberada e *recklessness*, tampouco se pode afirmar que o comportamento adotado a partir do estado de cegueira deliberada traduz completa ausência do elemento cognitivo do dolo, pois conhecimento e vontade são “vasos comunicantes”, e assim como o conhecimento abundante pode inibir a presença do elemento volitivo, quando este se agiganta na mente do sujeito, ocupa significativamente o espaço que deveria ser preenchido pelo conhecimento, deliberadamente rechaçado, normalmente em razão de poderoso incentivo de recompensa financeira.

02) Há compatibilidade entre a cegueira deliberada e o ordenamento brasileiro, seja porque a aferição do dolo (CPB, art. 18, I) impõe a adoção da teoria do dolo normativo, seja porque o STF e outras Cortes registram precedentes segundo os quais a teoria da cegueira deliberada seria um *tertium genus* apto a demonstrar a presença de conhecimento (ainda que dissimulado) e vontade, suficientes para integrar o elemento subjetivo do tipo penal doloso, isto porque o sujeito decide “fechar os olhos” às evidências fáticas, desafia o senso comum, e prossegue na conduta por sua conta e risco, demonstrando indiferença aos resultados potencialmente lesivos de seu agir.

03) Segundo se infere das concepções doutrinárias sobre *willful blindness*, é razoável admitir que a cegueira deliberada *stricto sensu* se encontra situada numa zona intermediária entre o dolo eventual e a culpa consciente, podendo ser rotulada como “dolo por omissão proposital”, ou “dolo de indiferença” (nas palavras de Roxin), ou mesmo “culpa consciente qualificada” (nas palavras de Jakobs), e a escala de culpabilidade própria dos sistemas jurídicos da *civil law* revela acentuada equivalência à escala adotada na *common law*, composta por: a) *purpose*; b) *knowledge*; c) *willful blindness*; d) *recklessness*; e) *negligence*.

04) Na medida em que a ausência de repasse das informações à UIF tenha potencial suficiente para corresponder ao significado de “ocultar”, sendo o sentido dessa conduta finalisticamente voltado ao branqueamento de dinheiro, e desde que tal sonegação seja objetivamente relevante para a ocultação da origem, ou natureza ilícita do capital, é possível admitir que o sujeito que voluntariamente sonega informações relevantes, efetivamente está colaborando com o comportamento criminoso do agente branqueador, e portanto, está facilitando o curso regular do processo de branqueamento, razão por que poderá suportar tanto gravosas sanções administrativas, quanto sanções penais (como nos arts. 157º a 159º da Lei nº 83/2017, por exemplo), tudo para que seja isolado o capital de origem criminosa.

05) A ocorrência de um dever legal de interromper uma operação suspeita não descaracteriza a possibilidade de branqueamento comissivo por omissão, eis que tal dever é oponível a diferentes classes de entidade sensíveis (financeiras e não-financeiras), às quais foi

conferido o dever de garante, e que não devem permitir a criação ou aumento do risco de branqueamento, e por isso, no exercício das atividades de orientação ou consultoria jurídica sobre a condução negocial e patrimonial, os “advogados de operações” têm o dever de prestar informações às autoridades estatais sobre eventuais operações suspeitas de clientes, conforme recomendado pela Diretiva nº 91/308, de 10.06.1991 (itens 16 e 17), e pela Diretiva nº 97, de 04.12.2001, ambas do Conselho da Comunidade Europeia, sob pena de que a consciente e espontânea inobservância desses deveres de colaboração possa justificar sua responsabilização criminal.

06) Não merece acolhida a tese dos que buscam eximir os “advogados de operações” dos deveres de colaboração porque: a) nem o direito à vida, tampouco o direito ao sigilo profissional são absolutos; b) o sigilo profissional não constitui salvaguarda exclusiva dos advogados, sendo conferido a diversas categorias profissionais (inclusive servidores públicos), mas nem por isso se impõe *ad perpetum* e em qualquer situação, podendo ser excetuada por justa causa (como a cobrança de honorários profissionais, por exemplo); c) “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF/88, art, 133), e por isso resulta inaceitável o amesquinçamento do nobre ofício, a pretexto de manter um sigilo profissional absoluto; d) ao assumir o patrocínio da defesa do réu, o advogado deve preservar a majestade de suas funções, e jamais deve se converter em cúmplice do cliente assistido.

07) Inexiste conduta neutra de *per se*, razão por que a cobrança de honorários do advogado que opta por receber pagamento em dinheiro vivo, não declara tal rendimento ao fisco, ajusta o recebimento da verba honorária, total ou parcialmente em conta de terceiros, ou devolve parte dos honorários ao contratante, não será uma conduta neutra, e poderá caracterizar delito de receptação, sonegação fiscal, ou até mesmo branqueamento de capitais, a depender das circunstâncias fáticas do caso.

08) Qualquer profissional que ignore seus próprios conhecimentos especiais, que tangencie suas próprias suspeitas, que sufoque dentro de seu “cérebro basal”¹²⁴² os conhecimentos intuitivos que buscam aflorar ao córtex cerebral, e assim proceda fiado na perspectiva de que *pecunia non olet*, poderá atrair responsabilização criminal, seja por conduta comissiva dolosa voltada a ocultar recursos de origem criminosa, seja por conduta

¹²⁴² O cérebro basal, ou reptiliano, é considerado a região mais “primitiva” do cérebro humano, responsável por regular as reações instintivas, nomeadamente aquelas associadas à sobrevivência. Pode-se compreender que o cérebro reptiliano é a região que estimula nossa busca por proteção, alimento, abrigo e segurança. Sua função é estimular o sistema límbico a reagir diante de situações de adversidade produzindo os hormônios necessários de acordo com a situação que se apresenta (Disponível em: <https://hazeshift.com.br/neurociencia-neocortex-sistema-limbico-reptiliano/>. Acesso em: 26.02.2024).

omissiva voltada a favorecer o branqueamento alheio (normalmente motivado por lucro rápido e significativo).

Capítulo IV

PROVA DO DOLO E SUA VALORAÇÃO

4.1 *Mens rea, culpability e Model Penal Code*

Conforme evidenciado no capítulo anterior, inexistente consenso doutrinário na doutrina norte-americana, quer quanto ao alcance, quer quanto à aplicação do instituto da *willful blindness*¹²⁴³. Entretanto, apesar das divergências próprias do debate acadêmico, é necessário considerar, à partida, os conceitos construídos nos sistemas anglo-americanos, para compreender, a partir deles, a aplicabilidade da cegueira deliberada em sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica, tais como os ordenamentos de Brasil e Portugal. Nesse propósito, será necessário revisitar as bases da imputação subjetiva das condutas penalmente típicas, bem como examinar alguns relevantes precedentes da jurisprudência norte-americana, um dos quais emanados da Suprema Corte, e que inobstante sejam destituídos de efeito vinculante, muito contribuíram para delimitar os contornos da cegueira deliberada. Aliás, é oportuno destacar que a compreensão do instituto passa necessariamente pela equiparação entre graus de conhecimento, e pelas instruções conferidas aos jurados sempre que os mesmos são chamados a examinar situações de possível ocorrência de *willful blindness*. Isso não implica dizer, todavia, que os problemas para aplicação da cegueira deliberada no sistema judicial norte-americano serão idênticos aos observados nos sistemas jurídicos próprios da *civil law*.

Em regra, a primeira manifestação do delito que chega ao conhecimento das autoridades de investigação criminal é a materialidade. Por isso, pondera Fletcher que, uma vez constatado o delito, objetivamente considerado, é necessário perquirir a quem se deve atribuir determinada pena à luz do investimento subjetivo naquela determinada conduta, e uma vez identificada a autoria é imperativo aferir se o indivíduo é subjetivamente responsável¹²⁴⁴. Isso

1243 HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. *Criminal Law Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. United States vs. Heredia*, 4893 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U. S. L. W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007). (N. 07-5762). *Harvard Law Review*, v. 121, n. 4, fev. 2008, p. 1.245-1252. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40042765>. Acesso em: 25.02.2023; ROBBINS, Ira P. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as Criminal Mens Rea. The Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 81. n. 191, 1990. p. 209-210.

1244 FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998. p. 81-82.

decorre de duas premissas elementares: a) crimes não são responsáveis por si mesmos, b) o criminoso não é responsável apenas pela imputação que lhe seja feita pelo sistema acusatório, eis que é imperiosa a conjugação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Entretanto, existe uma divisão basilar entre elementos objetivos e elementos subjetivos a ser tomada em conta em ambas as matrizes jurídicas¹²⁴⁵, e sem ela será impossível equiparar os contornos jurídicos da *willful blindness* e da cegueira deliberada. Com efeito, é necessário estabelecer parâmetros de equivalência entre os elementos objetivos e os elementos subjetivos do tipo.

O sistema norte-americano admite que a *culpability* pode ter origens morais ou psicológicas. Para a teoria moral, a atribuição de culpa a determinado sujeito decorre de critérios sociais¹²⁴⁶, ao passo que a teoria psicológica aponta que a culpabilidade está relacionada à consciência ou estado mental do sujeito. Com efeito, dentro de uma lógica tipicamente binária, tem-se que a teoria moral situa a culpabilidade no campo exterior ao indivíduo, enquanto a teoria psicológica a posiciona no campo interior do indivíduo. Daí porque, refletindo sobre esta última, Fletcher¹²⁴⁷ pondera ser necessário perquirir se o sujeito sabia, ou se estava minimamente ciente de que suas ações resultariam em um crime? Sendo positiva a resposta, adverte Carvel¹²⁴⁸ que ele deve ser reputado culpado pelo crime, eis que “um ato não faz de um homem culpado, salvo se sua mente também é culpada”. Nesse cenário, o estado anímico do agente seria a chave interpretativa para a atribuição de responsabilidade criminal. Precisamente por isso, os conceitos de *culpability* e *mens rea* abrangem o tipo subjetivo, e são construídos a partir de uma moldura psicológica.

Segundo as lições de Carvel, o conceito de *mens rea* deriva da conjugação de *voluntas*, *foresight* e *ulterior intent*. Assim, enquanto *voluntas* corresponde à voluntariedade da conduta, *foresight* equivale à previsibilidade das consequências jurídicas do ato (comissivo ou omissivo). E quanto ao elemento do *ulterior intent*, nem sempre restará configurado, pois corresponde à determinação de um específico estado subjetivo que se encontra em determinado tipo penal¹²⁴⁹. Refletindo sobre tais elementos, um jurista de formação romano-germânica não encontra maiores dificuldades em perceber *voluntas* como “vontade”, *foresight*

1245 FLETCHER, George. Ob. cit., p. 84.

1246 Um posicionamento ligado ao social, semelhante à concepção de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999. p. 328-333.

1247 FLETCHER, George. Ob. cit., p. 82

1248 CARVELL, Ian George; GREEN, Enest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxweel, 1970. p. 12.

1249 CARVELL, Ian George; GREEN, Enest Swinfen. Ob. cit., p. 12.

como “representação consciente”, e *ulterior intent* como “dolo específico”. Sucede que esses mesmos três elementos foram adotados pelo *Model Penal Code* (MPC) para conferir concretude ao tipo subjetivo no sistema criminal norte-americano, isto na medida que servem como filtro para examinar se o agente detinha: a) suficiente conhecimento sobre o ato que lhe foi imputado, b) adesão volitiva do agente àquele comportamento¹²⁵⁰. Demais disso, o MPC fixou os necessários graus de culpabilidade que tornam suficiente a imputação subjetiva de determinado ato delituoso ao respectivo agente: a) *purpose*, b) *knowledge*, c) *recklessness*, d) *negligence*. Há uma evidente hierarquia, na medida em que *purpose* é um estado mental de maior intensidade que *knowledge*, e este, a seu turno, é mais intenso que *recklessness*, que é sucedido pela *negligence*, o mais brando dos estados anímicos¹²⁵¹.

Considerando a ausência de previsão expressa da *willful blindness* no MPC, é necessário verificar se existe compatibilidade entre o estado anímico por ela traduzido e algum dos quatro degraus de culpabilidade previstos no sistema penal norte-americano. Naturalmente é preciso compreender que qualquer que seja o grau de culpabilidade, nem sempre é possível apreendê-lo a partir das declarações do agente. Muito ao contrário, por vezes esse estado anímico deve ser inferido a partir das ações e comportamentos concretos do indivíduo, em cotejo com a representação sobre outros comportamentos do homem médio em situação análoga, vale dizer, é necessário manejar uma visão realista do elemento *voluntas* e do elemento *ulterior intent*, como se ambos fossem apreensíveis pelo julgador, tal qual um sujeito cognoscente é capaz de compreender a existência de um objeto físico. Nem sempre se trata de um processo fácil, naturalmente, mas o intérprete legal deve desenvolver a capacidade de conhecer e interpretar o estado mental do agente de forma análoga àquela proposta por Roland Barthes em relação à força de evidência de uma fotografia¹²⁵².

4.1.1 Purpose

O estado mental de *purpose* se mostra presente quando o agente concretiza, de forma consciente e voluntária, um dado comportamento descrito no tipo objetivo de um crime, ou

1250 O MPC não é lei em sentido estrito, contudo, seus dispositivos são guias interpretativos para institutos do direito norte-americano, razão pela qual cumpre examiná-lo.

1251 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 24.

1252 “Se a fotografia não pode ser aprofundada, é por causa de sua força de evidência. Na imagem, o objeto se entrega em bloco e a vista está certa disso, ao contrário do texto e de outras percepções que me dão o objeto de maneira vaga, discutível, e assim me incitam a desconfiar do que julgo ver” (BARTHES, Roland. *A Câmara Clara*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. p. 89).

quando se engaja em uma conduta cujo resultado será um elemento do crime. O estado mental de *purpose* restará igualmente caracterizado quando o agente tem ciência das circunstâncias em torno de determinado elemento do delito, ou quando acredita ou espera que elas existam (MPC, *Section 2.02*, n. 2, “a”). Portanto, o verbo que melhor traduz o mais intenso dos graus anímicos de culpabilidade do sistema anglo-americano é “buscar”.

Segundo Brenner Luchesi, o instituto da cegueira deliberada surge como substituto do elemento *knowledge*, elemento que, em sua concepção, representa o conhecimento pelo autor do fato referente à natureza de sua conduta, bem como à existência das circunstâncias especiais exigidas pela definição legal do crime, mas igualmente o conhecimento pelo autor de que o resultado previsto na norma penal será praticamente certo, caso concretize a conduta naquelas dadas circunstâncias¹²⁵³. Lucchesi argumenta que, apesar da estrutura objetiva sobre graus de culpabilidade, implementada pelo MPC, e adotada por diversos estados americanos¹²⁵⁴, ainda há zonas cinzentas entre *knowledge* e os demais estados anímicos, eis que tanto neste, quanto no estado de *purpose*, estão presentes o elemento “*intent*”, utilizado no sistema anglo-americano para caracterização da *mens rea*¹²⁵⁵. Os dois estados se distinguem, todavia, na medida em que o objetivo consciente do agente só existe na *purpose*.

Sobre o tema, Herbert Wechsler assinala que é necessário traçar a diferença entre os dois estados anímicos, sobretudo para estabelecer a punibilidade por crimes tentados. Sustenta o jurista que são distintas as situações em que o agente compreende a natureza de sua própria conduta, daquelas outras situações em que o agente percebe que haverá um nexo de causalidade praticamente certo entre seu comportamento e o resultado proibido¹²⁵⁶. Entretanto, segundo se depreende da *Section 2.02*, n. 2, alínea “b” do MPC, somente se cristalizará o estado de *knowledge*, relativamente ao resultado, caso o agente seja capaz de representar que muito probabilisticamente seu comportamento ocasionará um resultado criminoso. Daí se infere que a única diferença entre os dois estados é a maior carga intencional que se observa na *purpose*. Com efeito, no estado de *knowledge* há consciência,

1253 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 78.

1254 Ver uma relação dos estados, com os respectivos ajustes promovidos em cada lei penal a esse respeito, atualizada até 1985, em WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions* (Ss 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute. v. I. n. 11, 1985. p. 235. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/model-penal-code-and-commentaries-official-draft-and-revised>. Acesso em 25.02.2023.

1255 PERKINS, Rollin M. *A rationale of mens rea*. In: Harvard Law Review. v. 52. n. 6, 1939. p. 911. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1334184>. Acesso em: 25.02.2023.

1256 WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries*. Ob. cit., p. 233-234.

ao passo que no estado de *purpose* há propósito efetivo e deliberado de produzir o resultado. Ainda sobre o tema, Glanville Williams adverte ser inegável que as condutas praticadas com *knowledge* ostentam carga intelectual, mas também carga volitiva¹²⁵⁷. Aliás, é oportuno lembrar que nos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica o conceito de dolo nasce da conjugação de consciência e vontade, as quais não precisam coexistir necessariamente na mesma intensidade, tanto que no dolo direto há uma vontade mais vigorosa que no dolo eventual.

Tal como se observa uma gradação de culpabilidade nos sistemas jurídicos afeitos à *civil law*, se observa uma escala equivalente nos sistemas jurídicos próprios da *common law*. Como visto em capítulos anteriores deste estudo, nos sistemas de raiz romano-germânica temos: a) dolo direto, b) dolo eventual, c) culpa consciente, d) culpa inconsciente. Nos sistemas anglo-americanos os quatro degraus de *culpability* (*purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*) costumam ser vinculados a quatro verbos distintos: a) buscar, b) conhecer, c) desconsiderar, d) ignorar.

Em busca de clarificar os conceitos, Alexander, Ferzan e Morse assinalam que o estado anímico de *purpose* exige que o resultado proibido seja o objeto consciente de alguém, isto é, que o sujeito esteja ciente, ou espere, ou mesmo acredite que uma circunstância proibida exista (v. g, que está recebendo a posse de um objeto roubado)¹²⁵⁸. Sobre o resultado da conduta, o estado de *knowledge* exige que a pessoa tenha praticamente certeza de que sua conduta produzirá os resultados lesivos¹²⁵⁹, e quanto às circunstâncias da conduta, exige que o sujeito esteja ciente de que tais circunstâncias existem¹²⁶⁰. Acerca do estado de *recklessness*, ponderam que se trata de uma desconsideração consciente e injustificável do risco substancial de que um resultado proibido possa ocorrer, ou que existam circunstâncias relevantes derivadas do comportamento do agente¹²⁶¹, e finalmente, acerca do estado de *negligence*, advertem que o mesmo se perfaz quando o indivíduo não está razoavelmente ciente de um risco substancial e injustificável de que o resultado proibido possa ocorrer, ou que as

1257 Concepção defendida por Glanville Williams, em crítica às conclusões expostas nos Comentários ao MPC, afirmando não ser possível que uma pessoa possa ter a intenção de cometer um crime na maior parte dos casos em que tiver ciência de que o resultado é praticamente certo, mas não nas exceções colocadas nos Comentários referentes ao crime de lesa-majestade, um dos poucos a exigir a presença de *purpose*, bem como nos casos de tentativas (WILLIAMS, Glanville. *The mental element in crime*. Jerusalém: Magnes Press, 1965. p. 23-25)

1258 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 23.

1259 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 23.

1260 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 24.

1261 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 24.

circunstâncias relevantes existam¹²⁶². Portanto, o que se percebe é que o sistema de culpabilidade proposto pelo MPC adota uma visão psicológico-normativa da possibilidade de se verificar estados mentais¹²⁶³.

Ainda que não seja adequado estabelecer uma equivalência plena entre os quatro graus de culpabilidade do sistema anglo-americano e os quatro graus de culpabilidade do sistema romano-germânico, não se pode negar que existe acentuada proximidade entre *purpose* e o dolo direto, bem assim entre *knowledge* e o dolo eventual. Aliás, é precisamente isso que se extrai ao examinar o art. 18, inciso I do CPB, posto que tal dispositivo legal demonstra que o sujeito age dolosamente quando deseja (busca) o resultado, ou quando assume (aceita, se conforma) com o risco de produzi-lo. Movido pelo estado de *purpose* o agente tem certeza que produzirá o resultado lesivo, e impulsionado por *knowledge* percebe probabilisticamente que há grandes chances de produzir o resultado lesivo.

De fato, não se percebe significativa diferença cognitiva entre os dois estados anímicos, ainda que seja necessário admitir que no estado de *purpose* exista uma vontade mais proeminente, entretanto, na concepção de Carlos Edinger, o modelo do MPC indica que quanto maior o conhecimento de determinado elemento do crime, mais próximo de *purpose* se estará¹²⁶⁴. É necessário lembrar, contudo, que os estados anímicos são integrados por conhecimento e vontade, mas estes não são elementos estanques, mas vasos comunicantes, como já sustentamos no capítulo 3.

4.1.2 Knowledge

Segundo o MPC, para a configuração do estado de *knowledge* é suficiente uma consciência da alta probabilidade do acontecimento de determinado elemento do crime¹²⁶⁵, e nesse cenário se percebe a ocorrência de representação mental do agente sobre as consequências possíveis ou prováveis de sua conduta. Diante disso, Edinger¹²⁶⁶ invoca as disposições da Seção 2.02, n. 7 do MPC, e com amparo nelas preconiza que a *willful*

1262 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 24.

1263 CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia). Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015. p. 70.

1264 EDINGER, Carlos. A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 37.

1265 SARCH, Alexander. *Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law*. In: St. John's Law Review. v. 88. n. 4, out. 2015. p. 1038.

1266 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 37-38.

blindness se encontra inserida no estado anímico de *knowledge*, e não no de *recklessness*. Pontua que, para cristalização daquele estado basta que o agente represente a alta probabilidade da existência do fato particular, e que não disponha de motivos muito razoáveis para repelir a crença de que o resultado lesivo não ocorrerá.

Por tal circunstância, certo segmento da doutrina sustenta ausência de rigor técnico-normativo no MPC, inclusive por haver construído a culpabilidade a partir de uma visão psicológica. Nessa linha de entendimento, Michael Moore¹²⁶⁷ pondera que a inserção da “alta probabilidade” do conhecimento de determinado elemento do tipo gera confusão entre os conceitos de *knowledge* e *recklessness*, sem traduzir qualquer vantagem, pois, o conhecimento amplo e absoluto do agente fica equiparado ao conhecimento com alta probabilidade.

De toda sorte, conforme assinalamos no tópico 3.2.1, o debate remonta a 1954, pois, ainda em meados daquele ano, John Edwards questionava se o estado anímico próprio da *willful blindness* seria equiparável àquele de quem se encontra em situação de *knowledge*¹²⁶⁸, todavia, esta tem sido a concepção prevalente nos tribunais, conforme veremos adiante. É preciso admitir que a normatização de estados mentais constitui tarefa gigantesca, e de êxito ainda bastante duvidoso na seara da ciência jurídica, especialmente pelas sutilezas próprias de cada um dos graus de culpabilidade estabelecidos tanto no sistema anglo-americano, quanto no sistema romano-germânico. Fletcher adverte ser necessário alcançar uma visão externa do fenômeno, uma visão que não almeje uma imagem formada na consciência do agente, tal como se fosse a imagem de um objeto físico, pois na representação feita mentalmente pelo sujeito antes de concretizar sua conduta há uma posição valorativa, que toma em consideração o contexto social, e todos os elementos externos ao sujeito que podem influir em sua culpa¹²⁶⁹. Pondera o jurista da Universidade de Colúmbia que a chave interpretativa reside em saber o que a sociedade pode legitimamente esperar de cada um¹²⁷⁰, e tal reflexão nos remete à teorização das ações neutras, especialmente à teoria da adequação social, a qual será examinado com maior aprofundamento no capítulo 6 deste trabalho.

1267 MOORE, Michael. *Intention as a Marker of Moral Culpability and Loal Punishability*. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (Eds). *Philasophical Founnariows of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011. p. 194.

1268 EDWARDS, John. *The Criminal Degrees of Knowledge*. In: *The Madem Law Revuew*. v. 17. n. 4, jul. 1954. p. 305. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1954.tb02157.x>. Acesso em: 25.02.2023.

1269 FLETCHER, George. Ob. cit., p. 83.

1270 FLETCHER, George. Ob. cit., p. 83.

Para Alice Ristroph, responsabilização penal impõe uma visão relacional entre a valoração de condutas e práticas comportamentais dos indivíduos na sociedade¹²⁷¹. De fato, responsabilizar alguém é imputar responsabilidade, é colocar sobre os ombros de alguém a “culpa” por determinado resultado lesivo, e isso só se torna possível mediante a agregação de um juízo valorativo negativo. Argumenta a jurista novaiorquina, que embora não se busque coletivizar a responsabilidade individual, somente é possível realizar a responsabilização criminal a partir de valores coletivos, os quais são objeto de interpretação por parte dos juristas, especialmente dos magistrados. Portanto, a responsabilidade criminal deve ser compreendida como algo que necessariamente envolve outros sujeitos distintos da pessoa do arguido¹²⁷². Inobstante reconheça que tais características, isoladamente consideradas, não sejam suficientes para explicar a responsabilização criminal, Ristroph pontua que isso não nos autoriza a “negar que essas características do indivíduo acusado sejam importantes para se aferir a eventual responsabilidade”¹²⁷³. Adverte que o ponto essencial reside no fato de que imputar responsabilidade, impõe reconhecer que ela é sempre adscrita, e alguém a está adscrevendo”¹²⁷⁴.

A partir de tais reflexões é possível diferenciar cientificamente os estados mentais da *willful blindness* e da *recklessness*, os quais não podem ser aferidos tão somente sob um prisma psicológico interno do agente que realiza a conduta, precisamente em função da necessidade de valorá-la a partir de um contexto social, que atribui relevância a posturas comissivas e omissivas. Por outro lado, no sistema norte-americano a *willful blindness* encontra justificativa teleológica na medida que atrai reprovação em grau equivalente àquele do arguido que atua em situação de *knowledge*¹²⁷⁵. Destarte, para se distinguir a *willful blindness* do estado anímico próprio de *recklessness* é necessário pôr em destaque o motivo culpável pelo qual determinado sujeito se manteve em *willful blindness*¹²⁷⁶. Com efeito, é imperativo aferir qual a relevante razão psicológica que inibiu o agente de adquirir o conhecimento que estava disponível e que era relevante para o resultado de sua conduta.

1271 RISTROPH, Alice. *Responsibility for the Criminal Law*. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011. p. 113.

1272 RISTROPH, Alice. Ob. cit., p. 114.

1273 RISTROPH, Alice. Ob. cit., p. 114.

1274 RISTROPH, Alice. Ob. cit., p. 114.

1275 HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. *Criminal Law. Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. United States v. Heredia*, 4893 F. 3D 913 (9th Cir.) (em banc), cert. Denied. 76 U.S.L.W. 3303 (U.S. Dec. 11, 2007) (N. 07-5762). In: *Harvard Law Review*. v. 121. n. 4, fev. 2008. p. 1250.

1276 Na percepção do 9th Circuit, no estado de *willful blindness* a motivação não é necessariamente criminosa.

Quanto a isso não se deve olvidar que a cobiça pelo dinheiro normalmente ostenta lugar de destaque nos estudos criminológicos.

Relembre-se que, segundo a Seção 2.02, n. 2, alínea “b” do MPC, resta configurado o estado de *knowledge* quando o acusado conhece determinado elemento do crime ou está ciente de que sua conduta ensejará um resultado que se trate de elemento do crime. Daí porque é possível falar em *knowledge* quando o agente tem ciência efetiva ou representa com alto grau de probabilidade de que sua conduta incidirá sobre determinado elemento do delito. Portanto, tanto a jurisprudência¹²⁷⁷, quanto a doutrina¹²⁷⁸ assinalam que, nos moldes da Seção 2.02.7 do MPC, um *knowledgeable defendant* é um arguido que detém um conhecimento de alta probabilidade da existência do fato em questão, ainda que não esteja absolutamente seguro de tal fato. Cabe reconhecer, contudo, que tal dispositivo fixa uma exceção à ciência da “alta probabilidade”, assim compreendidos os casos em que o autor acreditar que aqueles fatos não existam. Sobre tal exceção, Wechsler assinala em seus comentários ao MPC que a inserção desse dispositivo teria sido derivada da necessidade de lidar com as situações de cegueira deliberada, assinaladas na doutrina inglesa.

Não se pode tangenciar a constatação que a exceção estabelecida na seção 2.02.7 do MPC impõe dificuldades, pois potencializa o aspecto psicológico do agente para fins de configuração do dolo, ensejando a possibilidade de que o arguido invoque como tese de defesa uma situação de crença personalíssima de que os fatos não existiam. Por outro lado, a doutrina busca estabelecer uma diferença entre os estados anímicos de *knowledge* ou de *recklessness* sobre as situações fáticas, relativamente ao momento de ocorrência do fato em questão. Argumentam que, sendo um fato pretérito sobre o qual o agente não tenha certeza absoluta, mas apenas ciência de uma alta probabilidade, estará atuando com *knowledge*; mas se for um evento futuro, derivado da conduta do agente, este agirá com *recklessness*¹²⁷⁹. É imperativo reconhecer que a eleição do tempo do fato como critério de distinção se mostra um tanto arbitrária, todavia, apesar disso não se pode negar a proximidade ontológica entre os conceitos de *knowledge* e *recklessness*¹²⁸⁰.

1277 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 25.02.2023.

1278 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., p. 236.

1279 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., p. 248.

1280 O Tribunal Recursal do Distrito Leste do Estado de Missouri já observou que a definição feita pelo MPC mais se assemelha a *recklessness* que a *knowledge* (*State vs. Nations*, 676 S.W.2d 282, 284 (Mo. Ct. App. 1984). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1984/45349-0.html>. Acesso em: 25.02.2023.

Vale observar, contudo, que contrariamente ao que se observa no ordenamento penal brasileiro, em que o padrão eleito pelo legislador reside na incriminação de condutas dolosas, no sistema norte-americano, tal como estabelecido pelo MPC, o tipo subjetivo padrão para a maioria dos crimes é o estado anímico de *recklessness*. Nesse pormenor, assinala o § 2.02(3) do MPC que, caso o crime previsto na parte especial do código não especifique qual é o elemento subjetivo exigido, o requisito de *culpability* estará satisfeito caso o autor aja com *purpose*, *knowledge* ou *recklessness*¹²⁸¹. Na verdade, o § 2.02(5) do MPC explicita uma regra que parece um tanto óbvia, pois dispõe que haverá responsabilidade penal sempre que o autor atuar a partir de um estado mental mais culpável que aquele fixado para configuração do delito. Por exemplo, se o MPC exigir apenas um estado de *recklessness*, é lógico que uma conduta praticada com *knowledge* ou *purpose* também atrairão a responsabilidade criminal do arguido¹²⁸². Todavia, no sistema norte-americano há uma diversidade de crimes que exigem *knowledge*, e por isso mesmo, se o agente agir apenas com *recklessness* não restará caracterizada sua culpabilidade.

É ainda oportuno destacar que, segundo o MPC, as condutas para as quais o *common law* ou a lei exigirem o agir deliberado do sujeito¹²⁸³, tais comportamentos devem ser interpretados como tipos penais que exigem o estado anímico de *knowledge*¹²⁸⁴. Vale ainda destacar que os juristas responsáveis pela elaboração do MPC demonstravam enorme rejeição ao vocábulo *willfulness* (obstinação), tal como se percebe no conteúdo em ata das reuniões de trabalho voltadas à elaboração daquele diploma, na qual ficou grafado certo diálogo entre o jurista Herbert Wechsler e o juiz Learned Hand, magistrado aposentado, que fora o primeiro presidente da Corte de Apelações do 2º Circuito. O magistrado ponderou que o termo “*wilfully*” seria uma palavra terrível e muito problemática quando inserida num texto legal, e em resposta o jurista Herbert Wechsler pontuou que jamais usaria aquela expressão no MPC, posto que seria destinada tão somente a delitos tipificados fora dele¹²⁸⁵. Apesar disso, a

1281 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. MPC. §2.02(3): “*Culpability Required Unless Otherwise Provided When the culpability sufficient to establish a material element of an offense is not prescribed by law such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto*” (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Philadelphia: American Law Institute, 1962).

1282 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. MPC. §2.02(5): “*Substitutes for Negligence, Recklessness and Knowledge. When the law provides that negligence suffices to establish an element of an offense, such element also is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly. When recklessness suffices to establish an element, such element also is established, if a person acts purposely or knowingly. When acting knowingly suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely*”.

1283 No original *willfully*, que pode ser traduzido literalmente como voluntarioso, intencional ou deliberado.

1284 MPC. § 2.02(8). Observe-se que o Código Modelo usa a grafia original inglesa de *willful*.

1285 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., 249.

polêmica expressão foi mantida sob a crença de que seria um relevante dispositivo interpretativo, na medida em que permitiria a aplicação do direito sem rupturas profundas com a tradição jurídica local e o teor das decisões judiciais existentes¹²⁸⁶. Contudo, adverte Wechsler que no âmbito do sistema jurídico inglês a compreensão era outra, vale dizer, havia grande dificuldade em delimitar os contornos de uma conduta “*wilfully*” (deliberada ou com obstinação), admitindo-se que tal adjetivo comportava a consciência de todos os elementos objetivos do crime, e que consistia em uma espécie de categoria aberta que propiciava maior liberdade aos tribunais para construir o real significado de *willful*¹²⁸⁷.

Segundo a tradição jurídica anglo-americana, o conhecimento na seara penal ostenta carga volitiva, a qual resta potencializada quando se pretende relacionar *knowledge* (conhecimento) e *willfulness* (obstinação), eis que *willful* não significa apenas uma conduta voluntária, mas verdadeiramente voluntariosa, intencional, deliberada. Destarte, o emprego da expressão *willfulness* pelos autores do MPC apenas reforça a convicção de que o comportamento do agente deve estar integrado pelo estado anímico de *knowledge*. De fato, é perceptível que a propositura dos elementos subjetivos do tipo no MPC denota a atenção de seus autores não propriamente em conceituar os estados mentais dos arguidos, mas em estabelecer uma gradação. Por consequência, o estado de *purpose* (propósito) seria próprio para as situações que impõem um maior grau de comprometimento do autor com o resultado, vale dizer, para as situações em que o agente está deliberadamente voltado a alcançar o resultado lesivo, situações em que o autor busca o resultado lesivo como meta a ser atingida. Em sentido diametralmente oposto, no estado de *negligence* o agente apenas cria um risco inconsciente, e por isso mesmo sua culpabilidade se mostra significativamente menor. Portanto, tal estado anímico deve ser reservado para as hipóteses em que o agente deixa de adotar um rigoroso padrão de cuidado, tido por necessário pelos riscos inerentes ao comportamento, e assim cria riscos intoleráveis.

Entre os dois estados anímicos que representam os limites máximo e mínimo de culpabilidade, o MPC previu dois tipos subjetivos intermediários, o estado de *recklessness*, que também implica criação consciente de riscos, e o estado de *knowledge*, que consiste num agir consciente, vale dizer, o sujeito conhece os fatos próprios de seu comportamento, mas opta por desconsiderar os resultados lesivos que dele surgirão. O conhecimento não precisa

1286 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., 248-250.

1287 Precedente da jurisprudência inglesa, segundo o qual *willful* significava que o autor tinha conhecimento do que estava fazendo, pretendia fazer o que fez e era um “agente livre” (WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: the general part*. 2. ed. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1961. p. 148).

importar em certeza, mas em alta previsibilidade do resultado decorrente de seu comportamento comissivo ou omissivo.

Nessa ordem de ideias, os tipos penais fixados no MPC que requerem a presença de *knowledge* estão a exigir mais do que a mera criação consciente de um risco, pois o comportamento do agente precisa evidenciar uma desconsideração ou conformação do autor diante do resultado. Com efeito, o agente pode até ter tido o propósito deliberado de alcançar o resultado lesivo, mas será suficiente provar que ele criou um risco desaprovado, representou o resultado lesivo como sendo de alta probabilidade, mas simplesmente desconsiderou tal resultado. De fato, dispõe expressamente o § 2.02(8) do MPC que a exigência de que um delito seja cometido intencionalmente é satisfeita se uma pessoa age conscientemente, com relação aos elementos materiais do crime, a menos que surja o propósito de impor requisitos adicionais.

E se o MPC não se mostrou muito exato ao delimitar os contornos de *knowledge*, é forçoso admitir que a percepção desse conceito se torna ainda mais difícil através do exame das demais normas que compõem o direito penal federal norte-americano, inclusive porque o *US Code* não conceitua *mens rea*, de modo que a condição de “mente criminosa” ou “mente culpada” é frequentemente inferida a partir de definições esparsas contidas em alguns tipos penais que, às vezes assinalam o que se entende por conhecimento do agente, em determinado comportamento, e outras vezes dispõem que determinada conduta deve ser praticada “*knowingly*” (conscientemente) ou “*with knowledge that*” (com conhecimento que)¹²⁸⁸.

Pontualmente, a jurisprudência norte-americana contribui para fixação dos contornos do elemento subjetivo *knowledge*, tal como se observa em *United States vs. Jones*¹²⁸⁹, em que a Corte de Apelações do 4º Circuito aferiu a presença de tal estado anímico no tipo penal de um delito federal. O tribunal buscou interpretar se, estando o termo *knowingly* grafado ao lado do verbo que estabelecia o tipo objetivo do crime, tal elemento subjetivo deveria se referir somente à conduta do agente, ou se deveria estar relacionado igualmente às demais circunstâncias do crime¹²⁹⁰. A Corte compreendeu que, uma vez ausente alguma evidência

1288 LOW, Peter W. *Federal Criminal Law*. 2.ed. Nova York: Foundation Press, 2003. p. 196.

1289 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Jones*, 366 F.3d 705 (4th Cir., 2004). Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/FF15EAE832958C138525780700715044/\\$file/08-3030-1259298.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/FF15EAE832958C138525780700715044/$file/08-3030-1259298.pdf). Acesso em: 25.02.2023.

1290 Crime tipificado no § 2423(a) do 18 *US Code*, segundo o qual aquele que, conscientemente, traficar pessoas menores de dezoito anos, com a finalidade de prostituição, poderá suportar até dez anos de prisão. Ponderou a defesa do arguido que ele deveria estar consciente da idade da vítima, mas a acusação sustentou que a norma não exigia prova do conhecimento da idade, mas apenas que o réu soubesse estar “transportando um indivíduo”.

legislativa nesse sentido, o conhecimento exigido do agente, através do advérbio *knowingly*, somente dizia respeito à natureza da conduta, e não às demais circunstâncias fáticas estatuídas como necessárias à configuração delitiva, isto porque advérbios só atuam sobre verbos e não sobre o seu objeto da oração¹²⁹¹.

Interpretação similar se verificou no caso *United States vs. Montejo*¹²⁹², entretanto, posição diversa foi adotada pela Suprema Corte em outro caso que lhe foi dirigido, ainda que tenha pautado sua decisão a partir de uma interpretação meramente gramatical¹²⁹³. No caso *United States vs. Flores-Figueroa* a Corte assinalou que, segundo as disposições do § 2.02(4) do MPC, a previsão de um elemento subjetivo para um elemento do crime se aplica aos demais casos desde que inexista disposição em sentido contrário¹²⁹⁴, mas é oportuno reconhecer que há resistência de outros tribunais em acompanhar o entendimento fixado nesse precedente, sob o argumento de que tal interpretação estaria restrita ao caso daquele delito federal especificamente examinado, contudo, o voto do relator, Justice Stephen Breyer, nada indicou que possa reforçar tal percepção¹²⁹⁵.

Os casos Jewell e Campbel se afiguram como os dois mais relevantes precedentes adotados pelos tribunais para adotar o estado de *willful blindness* como substituto de *knowledge*. No primeiro deles, o crime imputado ao arguido tem previsão nos §§ 841 e 960 do Título 21 do *US Code*¹²⁹⁶, entretanto, todas as subseções neles contidas empregam os advérbios “conscientemente” ou “intencionalmente”, os quais são empregados topologicamente antes dos verbos que expressão as ações prescritas pelas respectivas normas, destacando-se que estas não detalham definição alguma sobre o que possa ser entendido como conscientemente, conhecimento, intencionalmente ou intenção. Apesar disso, no caso Jewell,

1291 BROWN, Darryl K. *Federal mens rea interpretation and the limits of culpability's relevance*. In: Law and Contemporary Problems. v. 75, 2012. p. 114-115.

1292 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Montejo*, 442 F.3d 213 (4th Cir., 2006). Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-montejo>. Acesso em: 25.02.2023.

1293 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Flores-Figueroa vs. United States*, 556 U.S. 646 (2009). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/646/>. Acesso em: 25.02.2023.

1294 AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. In: Philadelphia: American Law Institute, 1962. § 2.02(4). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em 26.02.203.

1295 Nesse sentido: *State vs. Hunter*, 164 Wn. App.1045 (2011); *United States vs. Washington*, 743 F.3d 942-943 (4th Cir., 2014). Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/743/938/>. Acesso em 25.02.2023.

1296 Ainda que o Título 18 possa ser considerado uma espécie de “código penal” federal ele não contém todas as normas incriminatórias do direito federal americano. O Título 21 compreende a todas as leis federais referentes a comidas e drogas, não apenas drogas ilegais como também fármacos e outras substâncias, controladas ou não, 841 dispõe sobre uma categoria e crimes envolvendo a produção e/ou a distribuição de drogas ilegais e o §960 incrimina o tráfico transnacional.

ao ministrar instrução aos jurados sobre o significado do vocábulo “conscientemente”, o magistrado que presidia o processo asseverou que uma ação seria perpetrada conscientemente quando ela se mostrava voluntária e intencional, mas não em decorrência de um erro, algum acidente, ou a qualquer outra razão inocente. Portanto, entendeu o juiz que o desiderato da lei ao inserir o advérbio “conscientemente” foi assegurar que ninguém suportaria uma condenação criminal por ter atuado equivocadamente, por erro, por acidente, ou por alguma outra razão inocente¹²⁹⁷. Este foi o parâmetro adotado sobre a carga valorativa empregada ao advérbio “conscientemente”, pelo menos nos crimes de tráfico de estupefacientes.

No caso Campbell¹²⁹⁸, a arguida foi acusada do crime previsto no § 1956 do Título 18 do *US Code*, aplicável a todo aquele que, sabendo que algum bem envolvido em uma transação financeira é proveniente de alguma espécie de atividade ilícita, conduz ou tenta conduzir tal transação financeira¹²⁹⁹. Vale observar que o tipo penal em alusão contém uma subseção específica destinada a esclarecer o alcance do elemento normativo do tipo. Com efeito, dispõe o § 1956(c)(1) que da maneira como usada naquele parágrafo, a expressão “sabendo que o bem envolvido em uma transação financeira constitui produto de alguma espécie de atividade ilícita” significa que a pessoa sabia que o bem envolvido na transação constituía proveito de alguma forma, ainda que não necessariamente qual forma, de atividade que constitui um crime sob a lei estadual, federal ou estrangeira, independente de tal atividade estar especificada no item (7) daquele subparágrafo¹³⁰⁰.

Ainda que certo segmento da doutrina levante críticas ao dispositivo, reputando-o pouco esclarecedor sobre os limites do estado de *knowledge*, é imperativo reconhecer que o legislador buscou fixar qual o limite dos fatos que tinham relevância para o conhecimento do agente. Na verdade, o legislador deixou evidente que basta ao agente saber que o bem ou vantagem financeira é de origem ilícita, pouco importando se foi produto de tráfico de estupefacientes, ou de roubo, ou de alguma fraude.

Lucchesi¹³⁰¹ expõe sua crítica argumentando que, mesmo nos crimes que de alguma forma definem *knowledge*, ainda assim não há alguma definição satisfatória estreme de

1297 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 25.02.2023.

1298 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Campbell*, 977 F.2d 854 (4th Cir.) 1992. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-campbell-95>. Acesso em 25.02.2023.

1299 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code. Title 18, §1956(a)* (1986). Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>. Acesso em: 25.02.2023.

1300 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code, Title. 18, §1956(c)(1)* (1986). Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>. Acesso em: 25.02.2023.

1301 LUCCHESI, Guilherme Brenner. Ob. cit., p. 85-86.

dúvida quanto ao seu real conteúdo, e acrescenta ainda que na legislação penal federal americana, o pouco material que pode ser utilizado para análise dessa questão é a linguagem simples da lei e alguma interpretação feita pelos tribunais.

Data maxima venia, a crítica se afigura um tanto exagerada e inoportuna, pois a prevalecer tal argumento somente juristas e filósofos poderiam cometer crimes. Com efeito, o conhecimento exigível do “homem médio” deve ser sempre o conhecimento sobre os fatos estritamente relevantes para definir os contornos de uma *mens rea*, pois aquele que decide empregar recursos de origem espúria numa transação financeira, efetivamente estará cometendo branqueamento de capitais, pouco importando se os recursos foram obtidos a partir de tráfico de estupefacientes, ou do tráfico de armas, ou do tráfico de órgãos humanos, ou de qualquer outro delito considerado grave, e que seja apenado com mais de quatro anos de privação de liberdade, patamar punitivo fixado em normativas internacionais para caracterizar delitos severos.

4.1.3 *Recklessness*

Por dicção expressa da Seção 2.02, n. 2, alínea “c”, do MPC, se configura *recklessness* quando o indivíduo age desconsiderando conscientemente o substancial e injustificável risco de que o elemento do crime, efetivamente, existe ou resultará de sua conduta¹³⁰². Portanto, o verbo nuclear que identifica esse grau de culpabilidade é “desconsiderar”. Todavia, embora seja certo que a *recklessness* corresponda ao estado anímico do agente que conscientemente ignora determinado risco, Alexander, Ferzan e Morse¹³⁰³ advertem que a postura deve se referir a um risco substancial e que precisa ser valorada como injustificável. Em contraponto, o estado de *willful blindness* exige que o arguido tenha atuado de forma consciente, e tenha representado os efeitos de sua conduta com elevado grau de probabilidade, vale dizer, que tenha previsto que, ao adotar a conduta pretendida provavelmente produziria determinado resultado lesivo a um bem jurídico¹³⁰⁴. Assim, cotejando tais estados anímicos, se percebe que a *recklessness* se cristaliza com a simples existência do risco de produzir-se um resultado lesivo, ao passo que para a configuração da *willful blindness* é preciso que exista acentuada

1302 SARCH, Alexander. *Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law*. In: St. John's Law Review, v. 88, n. 4, out. 2015. p. 1032-1033.

1303 ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. Ob. cit., p. 25.

1304 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Número XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 16.

probabilidade do resultado lesivo. *Recklessness* se contenta com possibilidade de risco, enquanto *willful blindness* reivindica probabilidade de risco. Nesse sentido, Ragués i Vallès adverte que, segundo o MPC, “o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento em seu teor literal”¹³⁰⁵, pois o sujeito se mostra igualmente culpável, em termos externos, ainda que se possa objetar a equiparação de ambos os estados anímicos, em termos psicológicos.

Cabe reconhecer que, apesar da sutil distinção, que pode interessar aos estudos da psicologia, ou da neurociência, esta foi reputada indiferente no plano do MPC, pois aquele que atua em estado de *willful blindness* é igualmente culpável àquele que atua com *knowledge*, eis que em ambas as hipóteses há representação mental do resultado previsível da conduta. A diferença reside apenas no fato de que um dos agentes perceberá o resultado como muito provável, e outro entenderá que sua ação será 100% (cem por cento) eficaz para produzir aquele resultado lesivo. Nesse contexto caberia indagar: a) a ciência jurídica dispõe de mecanismos minimamente eficazes para mensurar qual o resultado probabilístico obtido nas sinapses cerebrais do agente? b) é possível que a representação de certeza ou de alta probabilidade derivem mais da autoconfiança do agente do que da eficácia concreta de suas ações? Caso a resposta seja positiva a ambos os quesitos temos por certo que o pragmatismo e o utilitarismo dos autores do MPC se mostra elogiável.

Em seus comentários ao MPC, Herbert Wechsler¹³⁰⁶ sustenta que há oposição entre os estados de *knowledge* e *recklessness* na medida em que este último envolve a criação consciente de riscos, enquanto o primeiro se reporta à consciência quanto à quase certeza de que o resultado ocorrerá. Pondera Wechsler que nos dois casos existe um grau cognitivo, variando tão somente o objeto cognoscível do autor, pois de um lado projetará ele mero risco de produzir um resultado, e de outro projetará a quase certa de produção do resultado em si. É certo que os juristas dedicados ao exame analítico do MPC observaram que em ambas as situações há graus de probabilidade, e não o grau de certeza¹³⁰⁷, mas talvez não tenham se apercebido que tais conceitos dizem respeito à matemática e à estatística, que adotam a lógica cartesiana. Naturalmente são de difícil aplicação e compatibilização com a lógica deôntica, própria da ciência jurídica.

Se é suficientemente difícil calcular a diferença probabilística de um resultado, a partir da quantidade de variáveis fáticas do comportamento de um único agente, isto se torna tanto

1305 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 72.

1306 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., p. 236.

1307 WECHSLER, Herbert. Ob. cit., p. 236.

mais difícil quando se somam variáveis produzidas por outros agentes que intervenham no mesmo ato. Demais disso, e ainda que a ação dependa exclusivamente da conduta de um único indivíduo, suas capacidades pessoais e seu nível de segurança psicológica certamente terão interferência da representação mental que será feita quanto ao resultado.

Por exemplo, admita-se que um indivíduo se propõe a tirar a vida de um desafeto, mas não é especialista no manejo de armas de fogo, usa óculos de grau por ser míope, e não consegue se posicionar a menos de 200 (duzentos) metros de seu alvo. Apesar disso, leva adiante seu plano e dispara, mas acerta terceira pessoa, sem conseguir divisar com segurança qual a sede da lesão. Nesse cenário nosso atirador hipotético teria agido com *purpose* ou com *knowledge*? Por maior que fosse sua intenção, ele estava consciente que talvez não conseguisse alvejar a vítima desejada, e mesmo que a atingisse não conseguisse eliminá-la com 100% (cem por cento) de certeza.

Conceba-se, então, um outro cenário, no qual um *sniper* é contratado para eliminar alguém, realiza um detalhado estudo topológico do local por onde a vítima tráfegará, escolhe o dia mais propício à execução do atentado, seleciona a arma com mira telescópica e munição de reconhecida precisão, se vale de colaboradores que o comunicam via rádio sobre o trajeto e aproximação da vítima, se posiciona em prédio situado no logradouro por onde a vítima passará, em andar que propicie vista desimpedida do alvo, e no momento oportuno efetua os disparos contra a pessoa marcada para morrer. Nesse cenário, é provável que o atirador alimente em sua psique 100% (cem por cento) de certeza que atingirá seu objetivo, mas não pode ter domínio sobre o imponderável, e a munição pode falhar, ou uma rajada de vento intenso pode desviar a trajetória do projétil, ou mesmo uma terceira pessoa pode subitamente se precipitar na trajetória do tiro, e ser atingida em lugar da verdadeira pessoa alvejada. Probabilisticamente o agente desse pretendido homicídio tinha a certeza do êxito de sua ação, agiu com propósito, intenção deliberada, mas ainda assim não conseguiu eliminar seu alvo. Terá agido com *purpose*, ou apenas com *knowledge*? E quanto à pessoa que foi efetivamente atingida, mas que não despertava o mais remoto interesse do atirador, sua morte será interpretada como fruto de *recklessness*?

Tais situações hipotéticas demonstram ser muito difícil identificar com absoluta nitidez a diferença entre saber que algo é praticamente certo e saber da existência de um risco substancial de que esse mesmo algo ocorra, sem que se possa recorrer à intenção ou à vontade

do sujeito como critério distintivo¹³⁰⁸. Por outro lado, o grau de intencionalidade do indivíduo só pode ser extraído por inferência lógica, mas desde que consideradas as ações efetivamente executadas pelo agente, e que tenham sido provadas no plano fático. E para além disso, não há como valorar qualquer comportamento humano sem que sua motivação e forma de execução sejam cotejadas com padrões comportamentais definidos pelo padrão do “homem médio”.

Conclusivamente, é virtualmente impossível estabelecer uma “régua cognitiva” unificada, a partir da qual todos os indivíduos possam representar mentalmente o mesmo resultado a partir de suas ações, pois o que alguns compreenderão como certeza, outros perceberão como acentuada probabilidade, outros admitirão apenas como possibilidade, e outros mais compreenderão como possibilidade remota de resultado. E para robustecer ainda mais o grau de desafio do intérprete, é necessário recordar que o MPC contempla a possibilidade de *cognitiva* ou de *recklessness* também em relação à presença de circunstâncias concomitantes necessárias para a configuração do crime. Em princípio, seria simples argumentar a presença de *knowledge*, quando o sujeito está ciente de tais circunstâncias, e de *recklessness*, quando o sujeito age considerando o risco de que as circunstâncias existam, mas a grande questão é como extrair com segurança objetiva o estado mental que norteou a conduta do agente?

4.1.4 Negligence

Verifica-se o estado de *negligence* quando o sujeito ignora um substancial e injustificável risco de que o elemento do crime exista ou decorra de seu comportamento, e desde que tal descumprimento do dever de cuidado se dissocie flagrantemente de um padrão de conduta expectável socialmente. Nesse sentido aponta a Seção 2.02, n. 2, alínea “d”, do MPC, razão por que a essência nuclear da conduta negligente no sistema criminal norte-americano é “ignorar”. Nessa ordem de ideias se impõem algumas questões: a) como definir o padrão para um “dever de cuidado” sem considerar um padrão comportamental do “homem médio”? b) considerando a diversidade de padrões psicológicos e comportamentais, há como padronizar uma percepção subjetiva sobre o dever de cuidado? c) é possível exigir que um

1308 Para o MPC, a intenção (ou o propósito) do autor somente existe quando age com *purpose*, prevendo tal diploma hipóteses em que o autor dá causa ao resultado sabendo que ele ocorrerá, ainda que não seja seu objetivo consciente, razão por que a vontade do autor não seria um critério para diferenciar as duas categorias.

indivíduo de pouca instrução assimile o mesmo padrão de cuidado que um indivíduo detentor de conhecimentos especiais?

Caso algum destes questionamentos mereça ser contemplado com uma resposta negativa isso já será suficiente para evidenciar que a mesmíssima conduta, a depender do indivíduo que a pratica, pode caracterizar um estado anímico de *negligence*, ou um estado de *recklessness*. Novamente, o que se percebe é a ausência de um padrão comportamental que revele com 100% (cem por cento) de segurança um estado anímico de propósito intencional, ou de mero conhecimento, ou de conformação quanto ao resultado lesivo, ou mesmo de mero desleixo. Em todo caso, tal qual se observa no ordenamento jurídico brasileiro¹³⁰⁹, para a configuração de responsabilidade penal, o MPC exige, no mínimo, a presença de um estado anímico de *negligence*, mas isto não importa dizer em absoluto que todas as condutas negligentes (ou culposas) serão penalmente típicas. Todavia, em sentido diametralmente oposto, o MPC somente exige a configuração do estado de *purpose* em hipóteses extraordinárias. Conclusivamente, o MPC estatuiu que, para a maior parte das condutas humanas a incriminação se mostra suficiente a partir dos estados de *knowledge* ou de *recklessness*, e tais estados anímicos muito se assemelham ao dolo eventual previsto nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica.

4.2 Dolo como qualificação não mensurável

Uma vez delimitados os graus de *culpability* do sistema penal norte-americano, segundo o MPC, bem como alguns paradigmas da jurisprudência que equiparam *willful blindness* a *knowledge*, é possível não apenas palmilhar o caminho necessário para estabelecer uma ponte entre os graus de culpabilidade dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica, especialmente os sistemas brasileiro e português, como ainda verificar a eventual compatibilidade entre o estado de cegueira deliberada e tais sistemas. Nessa trajetória buscaremos examinar ainda a eventual pertinência da crítica frequente de segmentos da doutrina brasileira, segundo a qual a cegueira deliberada guardaria liame com o tipo subjetivo culposos (imprudente), e por isso mesmo não justificaria punição, caso incidente no crime de branqueamento de capitais.

1309 CPB, art. 18, § único: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Em sentido semelhante: StGB, §15: *Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht* (Somente são puníveis condutas dolosas quando a lei não cominar penas a condutas culposas).

É desnecessário revisitar com detalhes as gradações do dolo nos sistemas da civil law, eis que já foram objeto de exame no capítulo anterior, e quanto à teoria do dolo, conquanto já tenham sido enfrentadas no título 3.3.3, somente deverão ser invocadas na medida do estritamente necessário à plena compreensão da temática ora proposta, especialmente porque o propósito deste capítulo não é o de discutir classificações a respeito de teorias do dolo. Aliás, variados juristas já se propuseram a sistematizar tal conhecimento, e o fizeram com esmero, notadamente quanto aos contornos do dolo eventual¹³¹⁰. Destarte, nossa proposta é trabalhar esse título sob quatro prismas distintos: a) cotejar o dolo psicológico e o dolo puramente normativo, b) examinar os elementos indicadores do dolo, c) estabelecer os liames entre o dolo eventual e a assunção de riscos, d) delimitar as fronteiras entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Quanto ao primeiro dos tópicos, cumpre salientar que não se pretende adotar uma posição essencialmente binária, tampouco fazer uma defesa ostensiva de qualquer uma das teorias psicológicas do dolo, ainda que não se possa tangenciar os subsídios que elas oferecem para uma adequada compreensão dos contornos de conhecimento e vontade. Com efeito, é preciso observar que a interpretação gramatical dos vocábulos “conhecimento” e “vontade”, como elementos formadores do dolo, não conduzirá obrigatoriamente à ratificação de uma visão eminentemente psicológica do instituto, e ainda que os elementos psicológicos internos do agente sejam ainda inacessíveis aos domínios da ciência jurídica, isso não importa dizer que devam ser abandonadas ou ignoradas evidências fáticas e objetivas que apontem para um comportamento doloso, e que propiciem tanto uma interpretação de conhecimento, quanto uma interpretação de vontade, ainda que não estejam intimamente associadas a uma teoria psicológica do fenômeno¹³¹¹.

1310 COSTA, Pedro Jorge. Dolo Penal e sua Prova. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97-152; PEREZ BARBERA, Gabriel. *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 238-634; ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 430-446; VARGAS, José Cirilo de. Instituições de Direito Penal: parte geral. t. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 277; TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, 1972. p. 22. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/7199-19871-1-PB.pdf>. Acesso em 25.02.2023.

1311 A diferença é tênue, mas cumpre salientar a incompatibilidade da concepção aqui exposta com a visão de Luís Greco no artigo “Dolo sem vontade”. Para tal jurista, dentro de um corte psicológico, não faz sentido afirmar a vontade como pertencente ao conceito de dolo, pois “dolo é conhecimento” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009, p. 889). Além disso, afirma o mesmo jurista que “conhecimento significa domínio” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. Ob. cit., p. 891). No entanto, a visão de Greco se dá no bojo de uma visão psicológica, pois, como ele próprio afirma, “o termo ‘vontade’ será utilizado

4.2.1 Dolo psicológico e dolo puramente normativo

Preliminarmente, é imperioso lembrar que o ordenamento penal brasileiro, quando da reforma da parte geral do CPB, em 1984, adotou a teoria finalista da ação¹³¹², razão por que o dolo foi deslocado da culpabilidade para o interior da tipicidade¹³¹³. Demais disso, doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias no Brasil ratificam a percepção do dolo como elemento do tipo penal¹³¹⁴, de modo que restou cristalizada a assertiva de que “dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal”¹³¹⁵. Destarte, ainda que se possa admitir que as concepções psicológicas sobre o dolo tenham sido deflagradas a partir de uma visão pretensamente universal, “mais humana porque subjetivista”¹³¹⁶, é igualmente correto reconhecer que o dolo finalístico integra o universo psicológico do sujeito, e figura como a gênese da sua vontade frente ao mundo real¹³¹⁷.

Conclusivamente, assiste razão a Amadeu Weinmann quando pontua que o dolo é um elemento “natural, identificado com a vontade”¹³¹⁸. Contudo, se mostra igualmente prudente o alerta de Vives Antón, no sentido de que “a vontade deixa de ser um fator causal unidimensional, confundindo-se com os demais fatores naturais que operam no mundo externo, regido por uma causalidade cega, uma causalidade evidente”¹³¹⁹. Aduz mais que, ante as qualificações “naturais” dos elementos, reputa-se unívoco tanto do que se diz por ação, quanto daquilo que se diz ser dolo¹³²⁰. E nessa ordem de ideias, Cirino dos Santos busca

no restante do texto em sentido exclusivamente psicológico-descritivo, e assim também o é no título do presente trabalho” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. Ob. cit., p. 888). Dentro de outro contexto, não psicológico, afirma Eduardo Viana que “o elemento volitivo não resolve o problema da fronteira entre o dolo e a culpa, senão que o complica” (VIANA, Eduardo, Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 173).

1312 PRADO, Luiz Regis. Prefácio. In: WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 21.

1313 HUNGRIA, Nelson; DOTTE, René Ariel. Comentários ao Código Penal. v. 1, t. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 533.

1314 PRADO, Luiz Regis, Prefácio. In: WELZEL, Hans. Ob. cit., p. 21.

1315 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: dos crimes contra a pessoa. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 347.

1316 WEINMANN, Amadeu de Almeida. Princípios de Direito Penal. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 217.

1317 WEINMANN, Amadeu de Almeida. Ob. cit., p. 197.

1318 WEINMANN, Amadeu de Almeida. Ob. cit., p. 199.

1319 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 432.

1320 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Ob. cit., p. 130.

synthetizar o conceito pontuando que, segundo a ótica finalista, “o dolo representa a energia psíquica produtora da ação incriminada”¹³²¹.

Bittencourt¹³²² pondera ainda que o finalismo empreende uma delimitação dos fatos e da ação humana, cravada no sujeito e dele oriunda. Destarte, segundo essa lógica, conquanto inexistente a distinção entre lei e norma, igualmente indistintos seriam a imputação do dolo e o efetivo estado anímico de dolo. Por isso, Hungria e Dotti argumentam que o dolo finalístico é “vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo, necessários para sua configuração”¹³²³, ou ainda “o conhecimento dos elementos que integram o fato típico e a vontade de praticá-lo, ou, pelo menos, de assumir o risco de sua produção”¹³²⁴.

Destarte, segundo tal visão psicológica, tanto o estado mental de conhecer, quanto o estado mental de querer, são fenômenos reais e empiricamente constatáveis, tal qual se pode perceber a existência de um objeto físico. Aliás, quanto ao ponto, Busato salienta mesmo que o dolo é “uma realidade ontológica, existe como dado psicológico que compete ao jurista identificar”¹³²⁵, notadamente quando tal estado psicológico interage sobre o mundo real, e sobre ele opera efeitos através de comportamentos, penalmente típicos ou não, afastando o mundo real de uma concepção causalista.

Conclusivamente, tem-se por certo que: a) conhecer e querer são processos psicológicos concretos, regrados, que seguem um caminho determinado¹³²⁶; b) tais processos mentais são perceptíveis e apreensíveis pelo processo penal¹³²⁷; c) é inconcebível admitir o cometimento de um delito sem que se busque evidências da efetiva adesão mental do sujeito àquela conduta objetivamente constatada¹³²⁸. Nesse cenário, Welzel adverte que a visão finalista parte de uma “psicologia do pensamento”¹³²⁹, que rompeu com a antiga “psicologia mecanicista”¹³³⁰. E tal

1321 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2012. p. 119.

1322 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. Ob. cit., p. 117.

1323 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 532.

1324 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 532.

1325 BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

1326 RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1999. p. 205.

1327 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 205.

1328 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 207-210.

1329 WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 7.

1330 WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Ob. cit., p. 8.

argumento ganha potência quando Roxin pontua tratar-se de uma visão ontológica ligada ao psicológico, eis que lastreada em teorias “ontológico-fenomenológicas, que tentam realçar determinadas estruturas do ser humano e as converter em fundamento das ciências que se ocupam dos seres humanos”¹³³¹.

Opondo uma certa ressalva à posição de Busato, quanto à possibilidade de identificação do dado psicológico, Bittencourt adverte que as essências não são apreensíveis em sua totalidade¹³³², eis que se mostram ainda mais sutis (e menos apreensíveis) que os estados mentais. Quanto ao ponto, há aparente convergência entre Bittencourt e Busato, nomeadamente quando este último admite que “para determinar o dolo a partir dessas considerações, seria necessário, acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano”¹³³³. Todavia, tal conhecimento da mente do sujeito ainda se mostra impossível e impraticável para a ciência jurídica, mesmo que busque amparo junto à neurociência, mas não se pode ignorar que há esforços dogmáticos sendo realizados em busca de perceber (e provar em juízo) os estados anímicos de dolo ou culpa¹³³⁴.

Nesse cenário, em que os meandros da psique do arguido ainda se mostram impenetráveis, seja à ciência jurídica, seja à neurociência, não há como condenar a cética conclusão de que a ausência de meios seguros para identificar o dolo psicológico conduza à conformação do jurista diante de um dolo normativo, vale dizer, uma responsabilização do agente por sua conduta dentro do fato, e não pela conduta externamente considerada. Isso nos remete ao provento embate de ideias entre o “direito penal do fato” e o “direito penal do autor”, destacando-se que tal lógica binário não merece ser alimentada, posto que inexistente fato penalmente relevante sem um autor, e nenhum autor é idêntico ao outro, seja pelo ineditismo de cada psique, seja pelas peculiaridades fáticas externadas em cada ação humana.

1331 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. v. 1. Madrid: Civitas, 1997. p. 201.

1332 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. Ob. cit., p. 119.

1333 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. Ob. cit., p. 401.

1334 Há uma visão psicológica sobre o estado de cegueira deliberada, defendida por Spencer Toth Sydow, o qual propõe dois conceitos: a) uma situação em que o direito penal se utiliza da imputação subjetiva e expande o conceito de dolo, abarcando situações exteriores às teorias clássicas do instituto e que regularmente não poderiam ser abarcadas no tipo subjetivo e utiliza esse esforço dogmático para atribuição de responsabilidade. Ocorre quando alguém resolve se manter em circunstância real de desconhecimento, porém em situação de dúvida e, por isso, submete-se à avaliação de sua obrigação de conhecimento e eventual dever de cuidado; b) uma situação em que há intenção do agente, desde o primeiro momento, em se ver livre de responsabilidade (penal e outras) por algum ato e, pois, há verdadeira composição de estratégia para afastamento do conceito de dolo em sua vertente consciência atual. (SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 62-63).

Refletindo sobre a questão, Busato pondera que “é evidente que nesse processo de valoração (de atribuição de elemento subjetivo) não se pode acudir a inverificáveis processos mentais ou psíquicos para descobrir o que se passava na cabeça do sujeito”¹³³⁵. Aduz mais o jurista catarinense que “todo esquema de imputação que pretenda basear a análise de responsabilidade sobre qualquer dado ontológico (psicológico) está dado, de entrada, ao fracasso”¹³³⁶. Destarte, “quando se propõe um dolo como realidade ontológica (psicológica), não é possível esquecer que é necessário demonstrar quais são os meios que tornam possível a identificação do dolo como tal realidade”¹³³⁷.

Precisamente a partir de tais reflexões é que Díaz Pita¹³³⁸ propõe que talvez a melhor maneira de definir a presença do dolo seja afirmá-lo a partir de um critério normativo, afastando, assim, o exercício quase sobrenatural de adentrar-se no subconsciente. Pondera ainda a jurista de Sevilha, que o dolo se cristaliza a partir da confirmação de dois requisitos: a) conhecimento (consciência), ou seja, domínio de uma técnica; b) compromisso com o resultado lesivo (intenção/vontade). Portanto, ambos os pressupostos devem ser apurados mediante a análise das condições externas da conduta do agente.

Evidenciando sua adesão a tais argumentos, Sotomayor destaca que a dificuldade probatória dos elementos subjetivos, notadamente do dolo, independe da adesão do intérprete a uma concepção volitiva ou cognitiva, eis que em qualquer delas os elementos internos da ação típica (conhecimento, ou conhecimento e vontade) pressupõem necessariamente algumas referências empíricas¹³³⁹. E na mesma esteira, Schünemann¹³⁴⁰ assevera que “no dolo se trata, em primeiro lugar, de um evento de consciência, que obviamente deve ser valorado juridicamente, mas sem uma realidade a valorar não pode existir valoração alguma”. Bem por isso, argumenta a jusfilósofo alemão que “a dificuldade das comprovações processuais não pode ser confundida com a própria inexistência da realidade”.

1335 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 396.

1336 BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 396.

1337 BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

1338 DÍAZ PITA, María Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. *Ob. cit.*, p. 14-15.

1339 SOTOMAYOR GARCÍA, Juan. *Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano*. In: *Política criminal*. v. 11. n. 22. Chile, dez. 2016. p. 675-703. Disponível em: <https://vlex.cl/vid/fundamento-dolo-ley-penal-657683657>. Acesso em: 15.02.2023.

1340 “(...) en el dolo se trata en primer lugar de un suceso de consciencia, que obviamente debe ser a continuación valorado jurídicamente, pero sin una realidad a valorar no puede haber valoración alguna. [...] De ahí que la dificultad de las comprobaciones procesales no pueda ser confundida con la propia inexistencia de la realidad” (SCHÜNEMANN, Bernd. *De un concepto filológico a um concepto tipológico del dolo*. Trad. Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 434).

No plano da dogmática brasileira, tais argumentos são ratificados por Jacson Zilio¹³⁴¹ o qual assinala sua preocupação acerca do manejo de certas categorias processuais para um certo “apagamento” de categorias penais, tal qual se observa com o dolo. Argumenta o jurista paranaense que, na aferição do dolo, um problema classicamente relacionado ao elemento interno do agente, foi convertido em um problema externo, eis que foi reduzido à prova do dolo. Pondera que as teorias cognitivas, ao tangenciarem o elemento volitivo, terminam enfrentando um problema de direito material como mera categoria de prova externa ao fato, e por derivação, apagam a base psíquica da vontade, fundamental para entender como o sujeito atua em uma dada formação social. Nessa ordem de ideias, Douglas Rodrigues¹³⁴² condensa com muita propriedade as reflexões dos variados juristas acima referidos ao preconizar que “o dolo não está na mente do agente, mas é retirado de critérios normativos aferidos por meio da análise das condições externas do fato delituoso. Com efeito, devemos analisar, de primeiro, se o agente possuía o domínio de uma técnica, se detinha determinado grau de conhecimento (no crime de trânsito, por exemplo, deveríamos ver se o motorista tinha habilitação para dirigir veículos, o tempo em que dirige, se detinha outras técnicas mais apuradas, como o fato de ser motorista profissional), e, depois, se, mesmo com o conhecimento que tinha, manteve o compromisso com a vulneração do bem jurídico – os elementos externos, como por exemplo, a continuidade na direção do veículo mesmo com o conhecimento de que conduzia em alta velocidade; ou, após perceber que o sujeito a quem agrediu já se encontrava inconsciente e bastante ferido, insistiu na agressão e matou a vítima”.

Fato é que, a despeito das dificuldades de identificação do elemento subjetivo do agente, e de sua categorização penal, persiste a necessidade de se imputar a responsabilidade a alguém que, subjetivamente, investiu em determinada conduta. Por isso, Bittencourt adverte que “a aproximação com o mundo está fundamentalmente dependente da linguagem utilizada para a ele nos referirmos”¹³⁴³, o que põem em relevo as consequências derivadas das distintas visões normativas do dolo. Com efeito, a depender da teoria adotada o foco será o elemento psíquico interno do agente ou o exame das valorações sociais, tal qual se observa no conflito

1341 ZILIO, Jacson Luiz. Conhecimento, vontade, erro e dúvida no direito penal. In: PIERRE, Mayda Goite (org.). *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*. v. 1. 1. ed. Habana: Editorial UNIJURIS, 2015. p. 183-196.

1342 SILVA, Douglas Rodrigues. Precisamos repensar o dolo no Direito Penal? In: Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/358136988/precisamos-repensar-o-dolo-no-direito-penal>. Acesso em: 25.02.2023.

1343 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. Ob. cit., p. 119.

entre as teorias psicológicas e morais no sistema norte-americano¹³⁴⁴. Portanto, o que se observa é que o dolo não descreve nada, senão atribui, qualifica, determinadas características ao ato¹³⁴⁵. Eis a razão pela qual o tema merece ser melhor situado, notadamente quando o dolo é admitido como se fosse um objeto determinado, independente e aferível de forma autônoma da ação por ele qualificada. Aliás, é sempre oportuno lembrar que todo adjetivo pressupõe a existência de substantivo.

Por óbvio, não se está a negar o conceito de dolo, entretanto, não se pode reduzir tal categoria jurídica a algo eminentemente tangível no contexto de uma conduta penalmente relevante. Quanto a isso, Vives Antón¹³⁴⁶ pondera que o dolo não é quantificável e apreensível como, por exemplo, a gradação alcoólica de um vinho. Dolo é qualificação, atribuição. Portanto, tal qual um bonito quadro ostenta sua beleza como qualidade (e a beleza não é quantificável), uma ação dolosa tem o dolo como sua qualidade, razão por que também o dolo não seria quantificável. Argumenta o jurista e magistrado espanhol que o enunciado de que determinada ação é dolosa é mais similar ao enunciado de que determinada pintura é bela, e menos do que dizer que determinada bebida seja alcoólica, porque inobstante ambos sejam qualificativos dos respectivos objetos, na primeira hipótese o adjetivo é inquantificável, mas não na segunda situação. Nessa ordem de ideias, Ragués i Vallès¹³⁴⁷ arremata que o dolo se atribui a um sujeito, utilizando-se, para tanto, de verificação empírica de indicadores dos quais se conclui por determinado estado mental.

Didaticamente, preconiza Díaz Pita que os seguintes pilares podem ser observados na visão normativa: a) *primus*, a realidade não é dada, nem é inefável, é intermediada pela linguagem, interpretada e valorada¹³⁴⁸; b) *secundus*, pela constatação de que tudo o que nos rodeia é necessariamente interpretado, o dolo também é, razão por que o dolo não existe como uma cadeira ou um livro; mas como qualidade não-quantificável atribuída, voltada a explicitar, a partir de indicadores fáticos, determinado estado do sujeito¹³⁴⁹; c) *tertius*, se o dolo é a qualificação de uma ação, são necessários elementos indicadores para subsidiar a

1344 FLETCHER, George. Ob. cit., p. 84; CARVELL, Ian Georgei GREEN, Ernest Swinfen. Ob. cit., p. 12-13.

1345 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Ob. cit., p. 657.

1346 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Ob. cit., p. 657.

1347 RAGUÉS I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 275.

1348 DIAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. Ob. cit., p. 12.

1349 DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. Ob. cit., p. 12.

afirmação de sua presença. Por tudo isso se mostra essencial perquirir sobre critérios objetivos para aferição da prova do dolo¹³⁵⁰.

Embora não seja juridicamente factível aceder aos processos mentais do investigado ou arguido, inclusive porque às vezes nem o próprio sujeito consegue percebê-los racionalmente, ainda assim é necessário estabelecer um liame do comportamento objetivo com o estado anímico que o propiciou, sob pena de que a ciência jurídica retroceda ao causalismo e volte a admitir uma responsabilização penal objetiva. Nessa esteira, Feijóo Sánchez assinala que o dolo “não é um conceito ontológico e psicológico, senão normativo, que deve ser determinado pela ciência dogmática e pela jurisprudência por meio da interpretação do direito positivo”¹³⁵¹. Acrescente-se mais que não apenas por meios hermenêuticos se infere o dolo, mas ainda pela valoração de provas lícitas e idôneas, devendo tal valoração ser norteadada pelo propósito de transcender a dúvida razoável, a partir das regras de experiências, de modo que não se pode resumir o fenômeno de extração a uma avaliação meramente jurídica, com desprezo à carga fática dos acontecimentos.

Há de se conhecer, contudo, que também existem críticas à concepção de dolo normativo, e quanto a isso Ragués i Vallès¹³⁵² pondera que as propostas nesse sentido não refletem de uma visão normativa do dolo, mas de uma visão ancorada em valores sociais, isto porque entende o jurista catalão ser insustentável converter critérios eminentemente fáticos, extraídos de comportamentos individuais, em pretensas normas com aplicabilidade genérica, razão por que a concepção que se contrapõe ao dolo psicológico é própria de um dolo social, e não de um dolo normativo¹³⁵³.

Inobstante essa crítica pontual, talvez mesmo casuística, o conceito de dolo normativo, tal como compreendido por doutrina quase uníssona, ainda é o que melhor se contrapõe à

1350 “Esta perspectiva se justifica, em linhas gerais, por tentar ser, em primeiro lugar, respeitosa com os princípios próprios de um Estado democrático de Direito e, em segundo lugar, por buscar na racionalidade de nossa cultura jurídica a base do conteúdo dos conceitos jurídicos. Desde esta perspectiva, o Direito Penal seria a expressão da máxima formalização da resolução dos conflitos sociais orientada a possibilitar, precisamente, a referida solução com a ajuda de critérios normativos que evitariam algo por si só impossível: que o juiz resolvesse o conflito com base em determinados conhecimentos com os que nem conta nem pode contar, como são aqueles referidos à psique do sujeito aos que ele, juiz, evidentemente, não tem acesso” (DIAZ PITA, Maria del Mar. Ob. cit., p. 12).

1351 FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004. p. 16.

1352 RAGUÉS I VALLES, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 323 e ss.

1353 DIAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. Ob. cit., p. 320.

ideia do dolo psicológico, pois como bem destacado por Busato¹³⁵⁴, o processo de valoração da conduta, em seu aspecto subjetivo, não se pode fazer valer de “inverificáveis processos mentais ou psíquicos”. Precisamente por isso, é imperativo o recurso a atribuições externas voltadas a perceber o sentido de determinada conduta, contextualmente interpretada, eis que sendo o dolo uma forma grave de responsabilização subjetiva, não satisfaz as garantias constitucionais e os requisitos probatórios a sua lacônica constatação, como se naturalmente estivesse presente no ato.

Manrique Pérez¹³⁵⁵ adverte que “se a intenção forma parte do aspecto interno da conduta, então, nenhum fato externo constitui prova do fenômeno psíquico”. E sob esse prisma, a visão psicológica não se mantém diante dessa constatação. Noutro giro, uma visão normativa extremada conduziria ao *nihilismo* exacerbado, pois somente seria reputado doloso “aquilo que a sociedade tenha percebido na conduta do agente e do que está ela convencida”¹³⁵⁶. Nesse cenário, a ciência jurídica estaria a um passo da responsabilização objetiva, mas em todo caso persiste a necessidade de alcançar parâmetros racionais e objetivos de argumentação e de valoração, sob pena de fragilização de sistema jurídico estável e pretensamente justo, razão por que os atos externos são “os únicos que podem ser utilizados como prova juridicamente admissível”¹³⁵⁷. Daí por que Pedro Costa¹³⁵⁸ sintetiza, asseverando que atribuir dolo a determinada ação não equivale a ser arbitrário.

Todavia, a atribuição de dolo não pode ser confundida com a busca de determinada verdade real, para sobre ela tentar extrair o grau de consciência do agente. De fato, nessa fase do juízo valorativo a pretensão do intérprete é apenas resolver o conflito submetido ao juízo, para atender à necessidade de prolação de uma sentença justa, a qual deverá ostentar, entre seus valores informativos, a busca da verdade possível, e não necessariamente uma verdade absoluta¹³⁵⁹.

Nessa ordem de ideias, Feijóo Sánchez sinaliza que “a doutrina (atributiva) exige, para poder imputar um ato a uma pessoa, uma perspectiva *ex ante* que contemple o ato objetivamente”¹³⁶⁰. E segundo tal perspectiva, as decisões individuais não mais se referem à

1354 BUSATO, Paulo Cesar. Direito Penal: parte geral. Ob. cit., p. 396.

1355 MANRIQUE PÉREZ, Maria Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 61.

1356 MANRIQUE PÉREZ, Maria Laura. Ob. cit., p. 72.

1357 MANRIQUE PÉREZ, María Laura. Ob. cit., p. 64.

1358 COSTA, Pedro Jorge. Ob. cit., p. 147.

1359 MANRIQUE PÉREZ, Maria Laura. Ob. cit., p. 66.

1360 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Ob. cit., p. 19.

posição de um dolo psicológico, mas de um dolo percebido e valorado objetivamente pelo julgador, de acordo com critérios necessariamente explicitados¹³⁶¹. Portanto, o dolo do agente passa a ser inferido “a partir do sentido social de sua conduta”¹³⁶², desde que judicialmente valorado e motivado. Por consequência, a valoração jurídica da conduta se perfaz a partir de sentido social, mas não mediante uma valoração da conduta pela sociedade¹³⁶³.

Sob tal perspectiva, não se pode admitir a ocorrência de um estado de cegueira deliberada a partir de aspectos psicológicos, eis que a *willful blindness* não se evidencia a partir de estados anímicos do sujeito, mas ao contrário, se mostra a partir das escolhas deliberadas do agente, devidamente provadas a partir de circunstâncias fáticas. Estes são os mais idôneos elementos de prova de um comportamento doloso, eventual ou não. Precisamente por isso, é incorreto afirmar que a aferição do estado de cegueira deliberada exige uma inserção na psique do investigado, posto que a imputação do conhecimento e da vontade do agente será extraída a partir de indicadores externos.

Na verdade, a observação empírica das condutas admitidas na doutrina (e sobretudo na jurisprudência) como hipóteses de cegueira deliberada apontam-na como um meio, uma estratégia, um *modus operandi* de que se vale o agente para se evadir da prova do dolo, especialmente por ser impossível aferir cientificamente os contornos de seu estado mental¹³⁶⁴. E conquanto tais estados mentais sejam ainda inacessíveis, é imperativo realizar valoração de fatores comportamentais externos, por serem as mais fiéis aproximações válidas do estado anímico. Eis os indicadores de dolo, vale dizer, indicadores de conhecimento e indicadores de vontade que interessam à ciência jurídica, e acerca dos quais trataremos doravante.

4.2.2 Elementos ou indicadores do dolo

Tradicionalmente se afere a presença do dolo a partir de seus dois elementos basilares: conhecimento e vontade, e para enaltecer a relevância da conjugação de ambos os elementos, Zaffaroni e Pierangeli¹³⁶⁵ ponderam que “é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade”. Todavia, representação e vontade se formam necessariamente na psique do agente, e considerando que a afirmação ou negação de

1361 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Ob. cit., p. 20.

1362 COSTA, Pedro Jorge. Ob. cit., p. 148.

1363 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 326.

1364 SILVA, Robson Galvão da; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-cegueira-deliberada-na-lava-jato>. Acesso em: 25.02.2023.

1365 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit., p. 420.

ambos com recurso exclusivo ao aspecto psicológico se mostra ainda impossível, é imperioso encontrar elementos objetivos a partir dos quais se possa inferir o cariz doloso da conduta.

Assim, pondera Busato¹³⁶⁶ que “a aproximação do tema deve ocorrer de modo indireto, através de dados objetivos que cumpram os seguintes requisitos: seu caráter observável, sua exaustividade e sua relevância para o elemento subjetivo em questão”. Aduz ainda o jurista paranaense que os indicadores do dolo fornecem maior previsibilidade por serem “critérios concretos que oferecem justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo”¹³⁶⁷. Naturalmente tais indicadores se reportam a aspectos fáticos relevantes, e evidenciáveis por meio de prova a ser produzida no âmbito do devido processo legal, razão por que se distanciam de uma visão meramente psicológica. Assim, nessa ordem de ideias, “dolo definitivamente não é um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade”¹³⁶⁸. Por outro lado, é oportuno observar que vontade sem conhecimento não será vontade, mas mero desejo, e o desejo não constitui um estado anímico relevante por si mesmo. Por simetria de razões, conhecimento sem vontade não gera assunção de risco, e sem que o agente assuma um risco não há como lhe imputar um comportamento qualificado por dolo eventual.

Para aferir a configuração do dolo se faz necessário verificar não apenas a presença da vontade e do conhecimento, mas a relação deste com o tempo, pois a mera possibilidade de conhecimento não perfaz dolo¹³⁶⁹, o qual exige conhecimento efetivo, e que pode ser atualizável¹³⁷⁰. Com efeito, o conhecimento se ajusta, se aperfeiçoa, se amplia, com o passar do tempo, e tal avanço temporal não precisa necessariamente ser estimado em dias, ou semanas. Muito ao contrário, por vezes o conhecimento do agente se atualiza em segundos ou em fração de segundos, na medida em que é perenemente alimentado pelas captações sensoriais do indivíduo, e pelas sinapses cerebrais daí derivadas. Precisamente por isso,

1366 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70-71.

1367 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. Ob. cit., p. 404.

1368 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. Ob. cit., p. 406-407.

1369 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Ob. cit., p. 421.

1370 “Conhecimento, para o direito penal, pode ser menos que o conhecimento pleno e efetivo, desde que não extrapole os limites cognitivos estabelecidos pela legislação como no regramento do erro” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. p. 211).

Cirino dos Santos¹³⁷¹ adverte com muita propriedade que o conhecimento, no sentido de “pensar expressamente nisso, parece contradizer a psicologia da vida cotidiana, porque as ações humanas (em especial as ações criminosas) não são o resultado de refletida ponderação”.

Admita-se, por exemplo, a ação típica de um burlão, que dispara uma oferta fraudulenta na rede mundial de computadores, na expectativa de atrair alguma vítima. Ao ler a mensagem de resposta de potenciais vítimas, em regra o estelionatário não focalizará seu conhecimento em quem escreveu a mensagem, ou sobre os interesses pessoais ou condições financeiras de seu interlocutor, mas o conhecimento de tais informações poderá estar disponível segundos depois, a partir de uma nova interação comunicativa do malfeitor. Se o conhecimento sobre tais informações periféricas permanecerá no plano potencial, ou se tornará efetivo e atualizável, isto claramente não importa para afastar o dolo do agente, cujo desiderato é obter vantagem financeira a partir de um ardil, e em prejuízo de outrem, pouco importando o nome, ou a idade, ou o endereço de sua vítima.

É possível que no primeiro contato telemático entre vítima e ofensor tais informações não sejam atuais, mas, ainda assim, o agente detém o conhecimento necessário dos fatos relevantes para a consecução de seu propósito criminoso. Portanto, o conhecimento das circunstâncias fáticas não precisa ser atual e presente quando da realização da ação, eis que pode estar presente e ser demonstrado a partir de outras circunstâncias que estejam relacionadas ao fato principal, objeto de valoração.

Sob essa ótica, pondera Busato que, para avaliar o conhecimento do indivíduo, “é necessário pôr em relação as regras sociais que definem a ação como uma das que interessam ao direito penal em relação às competências do autor, ou seja, às técnicas que o autor domina”¹³⁷², tendo em conta o fato concreto, e não a postura de vida em geral do agente. Nesse cenário, o ato cognitivo não mais se atrela ao estado mental de saber, mas sim ao que a interpretação dos fatos pode evidenciar sobre a bagagem cognitiva do indivíduo¹³⁷³, e que diga respeito ao fato objeto do processo. Portanto, o conhecimento deixa de ser um estado mental a respeito de determinado elemento do tipo, e se converte na aferição do arsenal

1371 SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. Ob. cit., p. 152.

1372 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. Ob. cit., p. 76.

1373 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo. In: BUSATO, Paulo César (Coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

informativa que o sujeito tinha a seu dispor para tomar determinada decisão¹³⁷⁴, num determinado contexto fático.

Martínez-Buján Pérez¹³⁷⁵ assinala que somente é possível falar em ação dolosa se valorarmos, na ação, “um compromisso de atuar do autor”. Por isso, é imperativo estabelecer inicialmente os parâmetros de comparação de determinada conduta do sujeito, a partir das técnicas que ele dominava e de seu constatável aprendizado (códigos sociais, e não necessariamente jurídicos). Somente desta forma, a partir da visão do que é externo à psique do agente, é que se poderá, num segundo momento, aferir a presença da vontade, e com a presença conjugada desta, atribuir dolo a uma determinada conduta¹³⁷⁶.

Seguindo a mesma trilha de entendimento, Vives Antón¹³⁷⁷ pontua que, sob a ótica jurídica, o ato de conhecer não reside somente na mente do indivíduo, não consiste unicamente em um processo mental interno, pois pensar é essencialmente atividade de operar com palavras. Por isso, é possível afirmar a presença de um saber, um conhecer, para além de um interno incognoscível. “É possível afirmar-se a ideia do saber, não como processo interno, mas como competência, aprendizagem, treinamento, domínio de uma técnica”. Como é possível saber se o aluno conhece o tema da prova? Naturalmente examinando-se o que foi produzido na prova. Ora, na medida que um saber educacional resta comprovado numa prova, ou trabalho realizado pelo discente, e que representará a concretude do conhecimento esperado, e por simetria de motivos, raciocínio idêntico pode e deve ser aplicado para caracterizar ou rejeitar uma conduta como dolosa. Nessa ordem de ideias, assim como o aluno prova que conhece o conteúdo acadêmico ao obter boa nota em sua prova ou trabalho, restará igualmente provado o conhecimento necessário ao cometimento de determinada ação dolosa mediante a prova de determinada competência ou domínio a respeito de elemento do ato típico¹³⁷⁸.

Díaz Pita¹³⁷⁹ relembra que o conhecimento que se deve ter, considerando a desnecessidade de ele ser atual, compreende não um saber completo de um elemento específico do ato típico, mas sim uma apreensão correta da situação global, de molde a

1374 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Ob. cit., p. 31.

1375 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Ob. cit., p. 27.

1376 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Ob. cit., p. 27.

1377 VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Reexame do Dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

1378 VIVES ANTÓN. Tomás Salvador. Reexame do Dolo. Ob. cit., p. 101.

1379 DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. Ob. cit., p. 275.

propiciar ao agente uma síntese, uma interpretação concreta daquilo que transcorre, e pretender algo além disso importará na exigência de um conhecimento pleno, acerca de dados internos da psique do sujeito, que são ainda insondáveis, e cuja prova se mostrará impossível.

Eis a razão por que a doutrina e a jurisprudência dos sistemas jurídicos anglo-americanos consolidaram a ideia de que a culpabilidade exige a prova da ocorrência do fato típico (inclusive seu elemento subjetivo), mas somente para além de uma dúvida razoável. Essa prova se perfaz através de determinados elementos fáticos que tenham ocorrido, mas especialmente através do resultado da conduta do agente. Portanto, conclusivamente, o que se percebe é que: a) a valoração sobre a presença do conhecimento, numa ação dolosa, diz respeito à prova desse conhecimento; b) esse conhecimento não precisa ser necessariamente atual; c) a constatação se destina a provar a presença do dolo, e não a provar o grau do conhecimento do agente, porque o estado mental interno do agente é inacessível; d) o grau do dolo é inferido a partir do grau probatório. Destarte, é no campo da prova que se pode afirmar o que o agente conhecia, ou não, à luz das regras sociais, da bagagem cognitiva do arguido, e das técnicas por ele dominadas.

Ora, na medida em que o estado de cegueira deliberada se caracteriza quando o agente conhece determinados elementos fáticos, mas deliberadamente evita obter um maior conhecimento subsequente, é possível afirmar categoricamente que havia não apenas certa bagagem cognitiva, quando se constata que o agente tinha a capacidade, especificamente, de inferir, dada a situação que lhe foi posta, a apreensão global de sua conduta. É necessário perceber que, para a ciência jurídica, o dolo se cristaliza a partir da conjugação de conhecimento e vontade, e não somente a partir de conhecimento pleno e atual, somado à vontade ostensiva. Aliás, a prevalecer esta segunda e absolutamente restritiva percepção, praticamente ninguém agiria dolosamente, pois não haveria como provar conhecimento pleno e atual, ante a impenetrabilidade dos elementos psicológicos internos do indivíduo. Ora, tal qual é possível provar o erro sobre elemento do tipo, ou a imprudência, a negligência ou a imperícia do agente, a partir da evidência de uma vontade de evitação do resultado, é igualmente possível provar que determinado conhecimento existia, e era atualizável.

Assim como o dolo não é um dado empírico interno, tampouco será a vontade, eis que a mesma se manifesta no externo, na medida em que se converte em propulsora da ação. Por isso, é preciso que a ação seja interpretada, para que, a partir dela, se possa extrair a eventual presença da vontade. Demais disso, se não houvesse vontade no dolo, não se poderia admitir o componente deliberado da cegueira intencional. Aliás, como bem salientou o julgado da Corte de Apelações do 9º Circuito, no Caso Heredia, é exatamente a escolha deliberada que

diferencia esse estado mental do estado de *recklessness*, e por isso situa a conduta do agente no plano doloso.

Além disso, assim como é possível provar o conhecimento, é igualmente possível provar a vontade, a qual é inferida a partir de uma decisão, um compromisso de vulneração daquilo que se conhece da situação fática¹³⁸⁰. Em regra, cabe ao intérprete avaliar a presença do conhecimento normatizado, para só então, aferir a presença da vontade. Quanto ao ponto, adverte Diáz Pita que “no processo de tomada de decisão, o conhecimento é só a bagagem intelectual, prévia e absolutamente necessária, com a qual conta o sujeito”¹³⁸¹.

De fato, enquanto elemento do dolo, a vontade consiste no compromisso de atuar contrariamente ao valor erigido como bem jurídico tutelado pela norma penal, entretanto, não se deve esperar que o agente compreenda o que significa a expressão “bem jurídico”, e menos ainda que reconheça qual o bem jurídico que será vulnerado ou violado por seu comportamento. Ora, ainda que os elementos que integram o agir doloso sejam gerados dentro da psique do indivíduo, Hassemer¹³⁸² o reconhece como fenômeno externo, e juridicamente relevante, posto que observável e apreensível. Isso não implica dizer que existam elementos exaustivos, passíveis de serem objeto de prova, mas importa admitir que existam elementos apreensíveis, a partir de máximas da experiência contextualizadas, que podem indicar ações dolosas. Por igual, não raro, existem elementos apreensíveis, a partir de máximas da experiência contextualizadas, que se mostram aptos a evidenciar que o agente atuou em estado de *willful blindness*, e que tal estado anímico atrai a incidência do dolo eventual. Portanto, a partir desse rol de indicadores, e das situações de perigo que eles assinalam, que se pode inferir o saber e o querer¹³⁸³.

Assim, com propriedade, Rodrigo Cabral sintetizou que “a intenção e a ação não são coisas separáveis. Elas somente podem ganhar sentido publicamente de acordo com a significação contextual”¹³⁸⁴. Adverte, contudo, ser desnecessário que o dolo seja atual, pois o conhecer e o querer não se exprimem, necessariamente, de uma só vez, juntos. Pontua, com absoluto acerto que “a análise dos critérios da intenção não se fixa somente no exato

1380 DIAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. Ob. cit., p. 16. No mesmo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Ob. cit., p. 30.

1381 DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normativização. Ob. cit., p. 20.

1382 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Ob. cit., p. 78.

1383 HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Ob. cit., p. 82.

1384 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: BUSATO, Paulo Cesar (coord.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128.

momento do crime (...), mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente”¹³⁸⁵. Por vezes, o comportamento do arguido após o consumado o crime, diz muito mais sobre seu conhecimento e sua vontade do que ele gostaria de admitir.

Segundo Marteleto Filho¹³⁸⁶, a partir de uma perspectiva normativo-cognitiva, os indicadores do dolo guardam relação primordial com a qualidade do perigo que o indivíduo gerou conscientemente com seu comportamento, razão por que não devem ser valorados outras circunstâncias subjetivas, tais como caráter, personalidade, estado emocional, dentre outros. Por isso, tal segmento da doutrina sustenta que os indicadores do dolo integram um catálogo fechado. Acrescenta que dados subjetivos, como a relação entre o agente e a vítima, o comportamento do agente após o fato delituoso, e outros comportamentos que evidenciem um posicionamento emocional em face do bem jurídico ou do resultado, ou ainda a confiança irracional na inocorrência do resultado, merecem ser descartados. Aliás, é oportuno frisar que tomar em conta tais fatores revelaria uma natural adesão a um “direito penal do autor”.

Noutro giro, e em sentido diametralmente oposto, a partir de uma perspectiva de natureza normativo-volitiva, todos os fatores devem ser considerados como indicadores do dolo, inclusive os de ordem subjetiva e emocional. Destarte, para os adeptos desta corrente, dentre os quais Hassemer¹³⁸⁷ e Kaufmann¹³⁸⁸, até mesmo uma séria confiança irracional na ausência do resultado pode servir como indicativo para rechaçar o elemento subjetivo doloso. Por isso mesmo, tal corrente admite um rol aberto de indicadores, que tem em conta aspectos variados, tais como: a) a relação entre o agente e a vítima, b) a existência ou inexistência de motivos compreensíveis para o sujeito realizar o resultado, c) a tentativa de ressuscitação da vítima, após o emprego de violência, d) a personalidade pacífica ou violenta do agente, e) o estado emocional do agente, f) a influência de álcool ou drogas, g) a ocorrência do fato em uma dinâmica interacional de grupo, com influência sobre o agente¹³⁸⁹.

1385 CABRAL, Rodrigo Leire Ferreira. Ob. cit., p. 141.

1386 MARTELETO FILHO, Wagner. Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 437-438.

1387 HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. María del Mar Díaz Pita. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. p. 925-927.

1388 KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Trad. R.F. Suárez Montes. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969. p. 198.

1389 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 438-439.

Invocando as lições de Bekker, Grossmann e Pawlik, assevera Materleto Filho¹³⁹⁰ que o catálogo fechado de indicadores é normalmente erigido a partir de três premissas: a) em termos psicológicos do dolo, deve ser tomado em conta tão somente o conhecimento do agente, acerca de determinada espécie de perigo proibido; b) o perigo deve possuir certa qualidade e integrar determinado tipo; c) fatores emocionais e subjetivos são todos irrelevantes para identificação do estado anímico doloso. E quanto aos defensores de um catálogo aberto de indicativos, assinala que partem da premissa de que a delimitação entre dolo e negligência não pode se dar sem uma medida normativa de valoração, mas admitem que o substrato dessa valoração não pode se restringir ao conhecimento do risco e de sua qualidade, razão por que devem ser apurados todos os fatores que impeliram o agente a investir contra o bem jurídico, sejam eles de ordem subjetiva ou objetiva. Argumenta que uma abertura para o real posicionamento do agente pode conduzir à consideração de práticas altamente irracionais de percepção e processamento de riscos, a favor ou contra o agente concreto, com evidentes problemas de fundamentação ao nível normativo, e do próprio conceito de pessoa¹³⁹¹. Relembra mais que, segundo as concepções de Roxin¹³⁹², o indivíduo que vê, diante dos olhos, a possibilidade de lesão ao bem jurídico, e não confia que o resultado não se dará, é mais reprovável do que aquele que, mesmo por indiferença, sequer visualizou tal possibilidade.

É oportuno observar que, no plano da jurisprudência germânica, o BGH revela aparente inclinação pela perspectiva normativo-volitiva, e isso conduziu a Corte a algumas decisões um tanto polêmicas, como aquela prolatada no “caso do golpe de caratê”¹³⁹³. Segundo Marteleto Filho, o acusado era um lutador de caratê com formação específica, e estava cuidando de três crianças, sendo uma delas filho de sua namorada, e precisamente tal criança passou a gritar insistentemente, o que irritou profundamente o réu, a ponto do mesmo aplicar uma violenta pancada na cabeça do garoto, se utilizando do gume de sua mão. Em seguida à agressão, o réu banhou e alimentou o infante com uma banana, mas a criança voltou a gritar, e por isso veio a sofrer outro golpe similar na cabeça, e esta segunda agressão o conduziu ao óbito. Nesse cenário, o réu foi condenado por homicídio doloso, por um tribunal estadual, mas houve recurso ao BGH, e este anulou a condenação, sob o entendimento de que a instância inferior havia valorado mal a prova. Em seu acórdão, o BGH criticou a sentença condenatória porque esta teria levado em conta tão somente o conhecimento que o agente detinha sobre a

1390 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 444.

1391 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 439-440.

1392 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 440.

1393 *Karateschlagfall*, BGH NstZ 1988, 175 *apud* MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 451-453.

periculosidade do golpe de caratê, mas teria desconsiderado a elevada inibição que se dá face ao resultado morte, tampouco teria levado em conta a personalidade do réu, sua relação afetiva com a criança, o fato de jamais ter agido com violência contra a vítima, mas ainda as circunstâncias de que a vítima teria sido banhada e alimentada com uma banana antes de sofrer o segundo e mortal golpe, e que o agente teria adotado manobras de ressuscitação¹³⁹⁴.

Tal decisão foi considerada justificável por Roxin, o qual admitiu que o agente não teria considerado seriamente que sua ação resultaria na morte do pequeno Sven, mas ainda porque o lutador de caratê não tinha uma motivação homicida. Por outro lado, a mesma decisão sofreu duras (e pertinentes) críticas por Ingeborg Puppe¹³⁹⁵, a qual refletiu, com acerto, que o malsinado acórdão tangenciou uma circunstância essencial, vale dizer, passou ao largo de que a conduta consistiu na aplicação de um severo golpe de caratê, por um lutador com formação específica, e contra a cabeça de uma criança, destacando-se que tal golpe poderia ser mortal mesmo se aplicado no crânio de um adulto. Aliás, com indisfarçável ironia, a jurista de Heidelberg assinalou que se o BGH houvesse “desviado o olhar da banana” e da desajeitada tentativa de ressuscitação, para focar nos dois atos de deliberada e voluntária violência empreendidos pelo réu contra uma criança, apenas porque esta gritava, teria conseguido perceber uma conduta flagrantemente dolosa.

Refletindo sobre ambas as posições adotadas pelos respeitáveis juristas alemães sobre o mesmo caso, em nossa percepção a decisão adotada pelo BGH constituiu evidente equívoco interpretativo, eis que atribuiu enorme carga valorativa a fatores inteiramente subjetivos, de discutível idoneidade, e tangenciou por completo que o acusado detinha perfeita consciência: a) do grau de lesividade do golpe (por ele aplicado duas vezes), b) da condição indefesa da vítima (que se tratava de uma criança pequena), c) da extrema vulnerabilidade da sede das lesões. Com efeito, na mais branda das avaliações, o réu agiu com dolo eventual, razão por que a decisão acertada e justa foi precisamente aquela proferida pelo tribunal estadual.

Conclusivamente, tem-se por certo que: a) o dolo, enquanto qualificativo da ação, não é empiricamente apreensível da mesma forma que um objeto físico, mas pode ser extraído a partir de indicadores; b) os indicadores fáticos são interpretados, e assinalam tanto a presença de conhecimento, quanto a presença da vontade do agente; c) quanto maior for o número de indicadores, maior será o grau da prova, e por derivação, mais evidente será a presença do adjetivo doloso; d) para ser reputada dolosa a ação deve ser abarcada por um conhecer e por um querer; e) o conhecer não é interno, pois pode ser provado a partir das técnicas dominadas

1394 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 451-452.

1395 MARTELETO FILHO, Wagner. Ob. cit., p. 453.

pelo sujeito, que indicam sua bagagem cognitiva relativa à situação fática posta; f) o querer também não é interno, pois exprime um compromisso com o significado da violação ao bem jurídico; g) ambos os elementos são formados na psique do agente, mas, no momento da ação abandonam o foro estritamente psicológico e adentram nos jogos da linguagem e desafiam a seara probatória.

4.2.3 Dolo eventual e assunção de riscos

Para além dos limites traçados pelo art. 18, inciso I do CPB, ou pelo art. 14º, nº 3 do CP português, é necessário entender o dolo eventual à luz do conceito de dolo normativo, isto de molde a perceber, com apuro científico, se o estado anímico de cegueira deliberada é culposo ou doloso. Com efeito, o confronto entre o conceito de dolo eventual e os graus de *culpability* do direito penal norte-americano têm gerado opiniões um tanto divergentes na doutrina. Quanto ao ponto, Brenner Lucchesi sustenta que o dolo eventual seria um estado análogo à *knowledge*, portanto, mais do que *recklessness* e menos do que *purpose*¹³⁹⁶. Talvez não seja exato propor tal equivalência, razão por que se mostra oportuno confrontar essa modalidade de elemento subjetivo do tipo com a assunção de riscos, para em seguida confrontá-lo com a culpa consciente, seu mais próximo grau na escala de culpabilidade própria dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica.

Segundo a norma penal brasileira, uma conduta se caracteriza como dolosa eventual quando importa na assunção de um risco penalmente relevante, vale dizer, quando o agente aceita conscientemente que seu comportamento poderá produzir um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. De fato, a norma penal brasileira não se voltou propriamente a definir os contornos do dolo direto e os do dolo eventual, limitando-se a aludir a ambos os estados mentais, como sendo graus possíveis inerentes ao comportamento doloso, vale dizer, ao comportamento integrado por conhecimento e vontade. Pouco importando seu grau, dolo é adjetivo que qualifica a ação do sujeito. Por isso, dolosa será a

¹³⁹⁶ É necessário ter alguma cautela para não enxergar fáceis paralelos entre os elementos da *culpability* e as categorias de imputação objetiva, próprias dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Nesse sentido, equivocou-se o jurista argentino Luís Jiménez de Asúa ao estabelecer correspondência entre *purpose* e dolo direto, entre *knowledge* e dolo eventual, entre *recklessness* e culpa consciente e entre *negligence* e culpa inconsciente. Tais equiparações não são possíveis, primeiro porque se está tratando de sistemas de imputação distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, mas igualmente porque os conteúdos dessas categorias de imputação não correspondem umas às outras” (LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed., São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 74).

conduta se o resultado foi efetivamente desejado, ou se o agente assumiu o risco de produção do resultado típico.

Diversamente do que se observa no MPC, a norma penal brasileira e a norma penal portuguesa não discriminam graus ou escalas de conhecimento e vontade, e por isso mesmo as dificuldades daí derivadas nem sempre são transplantáveis para os sistemas jurídicos de raiz romano-germânica. Todavia, não se pode deixar de ter em conta que o direito penal disciplina e valora condutas humanas, e essas condutas humanas são as mesmas, sejam elas praticadas em territórios aderentes à *civil law* ou à *common law*, e por tal motivo, é necessário que ambos os sistemas dialoguem, nomeadamente porque o saber e o querer estão presentes nos graus da *culpability*, mas também nos graus da culpabilidade romano-germânica. Demais disso, os elementos do dolo não são exclusivos do dolo direto, e por isso mesmo matizam também o dolo eventual, pois, para a assunção de um risco, variam tanto o saber, quanto o querer, e tais graus são aferíveis com maior ou menor tangibilidade probatória. Nesse ponto, ganham relevo as disposições da norma penal norte-americana, eis que nela os estados mentais são diferenciados precisamente a partir das diferenças de gradação de conhecimento, ou de vontade, ao passo que nos ordenamentos, brasileiro ou lusitano, tais graus não possuem força normativa.

Frise-se que os verbos “representar, consentir ou assentir”, normalmente manejados para assinalar o estado de dolo eventual, indicam um mais brando grau de investimento subjetivo na conduta do que os verbos frequentemente empregados para apontar o estado de dolo direto, tais como buscar, procurar, ter por propósito. Daí porque Cirino dos Santos¹³⁹⁷ destaca que “o dolo eventual compreende as consequências típicas representadas como possíveis, por um autor que consente em sua produção”, e a ideia é complementada por Amadeu Weinmann, ao advertir que “embora não seja esta a razão de sua conduta, (o agente) aceita-o, assumindo o risco das consequências de seu ato”¹³⁹⁸.

Para além disso, a doutrina tem apontado como equivalentes à assunção de riscos, às expressões “estar de acordo, acolher em sua vontade, aprovar”¹³⁹⁹. Segundo Puppe¹⁴⁰⁰, tais expressões evidenciam determinado grau de disposição do agente, determinado investimento subjetivo na conduta, e tais investimentos subjetivos, mesmo que inferiores aos do dolo

1397 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob. cit., p.134-135.

1398 WEINMANN, Amadeu de Almeida. Ob. cit., p. 206.

1399 PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Barueri: Manole, 2004. p. 37.

1400 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 37.

direto, deságuam nas mesmas consequências jurídicas¹⁴⁰¹. Relembra Puppe que “o problema, assim, é que não se diz ao juiz de fato o que significa a fórmula da assunção aprovadora do risco do resultado em sentido jurídico, ou seja, o que ele deve entender como provado”¹⁴⁰². Apesar disso, tais fórmulas fornecem um indício, pois excluem imputações mais fortes, como dolo direto, e mais fracas, como indiferença.

Em razão de tais balizas, o intérprete é novamente chamado a manejar a gramática finalista, para compreender os contornos de “representação” e “consentimento”, conceitos que não são próprios do componente externo do indivíduo, mas sim da seara interna da psique humana. Portanto, ainda que tendo em conta o azimute apontado pelo finalismo, quanto à existência do investimento subjetivo, o dolo eventual não restará caracterizado ou rechaçado necessariamente, pois é necessário perquirir sobre o contexto específico do comportamento humano, para se poder afirmar que realmente houve a assunção de certo risco.

Relembre-se ainda que, em se tratando de dolo eventual, as previsões feitas a respeito do saber e do querer, necessárias a fim de se constatar tal estado anímico, devem ser mitigadas, pois, caso contrário, serão exigidos os parâmetros próprios do dolo direto. Assim, em busca de apontar um equilíbrio parcimonioso entre os dois estados, Hungria e Dotti¹⁴⁰³ pontuam que “assumir o risco é alguma coisa mais que consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer”.

E trilhando na mesma ideia, Diaz Pita¹⁴⁰⁴ pondera que se trata de aceitação da previsibilidade do resultado, pois a assunção de risco consubstanciada no dolo eventual não se relaciona apenas com a produção do resultado típico, mas ainda com as situações fáticas que o

1401 A esse respeito, crítico da utilização do termo vontade no âmbito de uma teoria psicológica do dolo, afirma Luís Greco que “ainda que se reconheça nos termos ‘intenção’ ou ‘conformando-se com’ (art. 14 I e III, Código Penal Português), ‘quis’ ou ‘assumiu o risco’ (art. 18, inciso I, do CPB) uma conotação volitiva, há uma ambiguidade fundamental que nos permite questionar as certezas da postura dominante. Tal ambiguidade diz respeito à palavra vontade. Como demonstrou Puppe, a quem se filiou no Brasil H. Souza Santos, na discussão sobre o dolo, o termo vontade é empregado em dois sentidos um tanto diversos, que aqui serão caracterizados de forma bastante grosseira, é verdade. Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém. A proposição ‘a vontade do autor estava dirigida a X teria, segundo esse primeiro sentido do termo vontade, conteúdo empírico, seria uma questão de fato, referida a um estado de coisas que está no mundo. Aqui ‘vontade’” é entendida como conceito psicológico-descritivo” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). *Liber amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 886-887).

1402 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 38.

1403 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. Ob. cit., p. 89-90.

1404 DIAZ PITA, Maria Del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. Ob. cit., p. 294.

circundam, eis que o risco é elemento global da situação tida por típica, critério que pode ser tido como a primeira etapa na formulação da imputação subjetiva. Precisamente por isso, a aferição do dolo ocorrerá em momento obrigatoriamente posterior à constatação objetiva do fato, sem o qual será quase impossível preencher o significado desse risco. Assim, pondera Pedro Costa¹⁴⁰⁵ que “aquele que, sem mais, age mesmo tendo posição privilegiada para a previsão de lesão ou perigo ao bem jurídico, a juízo de um observador externo, assume o risco de sua causação”. Saliente-se, porém, que tal assunção de risco não é probabilisticamente aferível ou constatável, especialmente por ser impossível transplantar categorias próprias das ciências exatas para uma prática argumentativa da ciência jurídica.

É oportuno admitir que a probabilidade de ocorrência de determinado fato se relaciona às circunstâncias do caso sob análise, e não propriamente a um conceito estático. Bem por isso, não se pode afirmar que o dolo eventual se opera a partir de um juízo de probabilidade, reduzido a números, pois isso importaria em olvidar os diferentes argumentos e narrativas, inclusive heurísticas, que podem ser objeto de determinado processo. Assim, mesmo que a probabilidade de determinada hipótese possa ser critério para se verificar sua consistência e coerência, com vistas a caracterizar ou rechaçar a imputação de dolo eventual à determinada ação, ainda assim não será critério suficiente para tal missão.

Destarte, embora a probabilidade de um risco possa servir como critério indicativo do dolo eventual, não se converterá em critério necessário e suficiente para que se possa afirmar a presença ou ausência do dolo eventual. Com efeito, é incabível afirmar a presença do dolo eventual baseando-se apenas numa pretensa probabilidade elevada do acontecimento de um resultado típico. Sustentar o contrário importaria em nos conduzir a uma distinção meramente intelectual, tal qual as que se observam no corpo do MPC, que normatizou a vontade, independentemente de qualquer consideração sobre o caso analisado.

Demais disso, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente não é apenas intelectual, razão por que não se pode afirmar que o conhecimento da probabilidade do risco é critério necessário e suficiente para se afirmar o dolo eventual. Assim, é necessário determinado grau de saber e determinado grau de querer, não necessariamente equivalentes. Nesse prisma, Roxin¹⁴⁰⁶ adverte que a assunção de risco envolve graus de saber e graus de

1405 COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Atlas, 2015. p. 223.

1406 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. v. 1. Madrid: Civitas, 1997. p. 425. Em sentido diverso, Luís Greco, dentro de uma teoria psicológica, afirma que “dolo é conhecimento” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). *Liber amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Ob. cit., p. 902) e, portanto, “todo dolo é conhecimento, e a vontade não tem

querer: em um e em outro caso, decido (e esse é o verbo a se salientar), inevitavelmente, pelo provável perigo de vulneração do bem jurídico pretensamente protegido. Por consequência, é possível afirmar a ocorrência do dolo eventual “*cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así - sea de buena o de mala gana - a la eventual realización de un delito, se conforma con ella*”¹⁴⁰⁷.

É oportuno atentar que tal conceito emprega um dos verbos aludidos linhas atrás, pois estabelece um liame entre a assunção de risco do dolo eventual com a postura de levar a sério a possibilidade de realização do tipo. Todavia, para os fins justificadores deste capítulo, o ato de decidir (ou mais especificamente a deliberação de cerrar vistas voluntariamente a circunstâncias suspeitas) corresponde à expressão mais adequada, eis que abrange as possibilidades de assentir, de se conformar, e de decidir. Nessa ordem de ideias, Roxin¹⁴⁰⁸ apregoa que o dolo eventual é levar a sério a possibilidade de acontecimento de determinada situação típica, mas, ainda assim, continuar atuando.

Sob tal prisma, o estado de dolo eventual se diferencia da culpa consciente não apenas pela demonstração do elemento cognitivo, mas igualmente pelo elemento volitivo, pois a vontade do sujeito se mostra prevalente na cristalização da conduta, apesar dos alertas gerados pelas circunstâncias fáticas que circundam o contexto da pré-ação. Destarte, resta inafastável que a constatação da cegueira deliberada de determinado sujeito é uma forma possível de assunção de risco, na medida em que o indivíduo, ao preferir ignorar as circunstâncias suspeitas, ao optar por tangenciá-las e ignorá-las, mesmo que ciente do perigo de violação a determinado bem jurídico (a partir de um conhecimento não-atual e passível de prova por indicadores fáticos), finda por aderir ao curso causal deflagrado ou potencializado por sua decisão de atuar, ou de tomar parte na ação potencialmente lesiva ao bem jurídico.

relevância alguma, não há mais qualquer razão para diferenciar dolo direto (em suas duas formas, de primeiro ou de segundo grau) e dolo eventual. Há apenas uma forma de dolo” (GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, José António (Orgs.). *Liber amicorum* de Jose de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Ob. cit. p. 903).

1407 “Pode-se afirmar que há dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade de realização do tipo, mas, apesar disso, segue atuando para atingir o fim perseguido e se resigna assim, de boa ou má vontade, com a eventual ocorrência de um delito, conformando-se a ela” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Ob. cit., p. 427).

1408 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Ob. cit., p. 430.

4.2.4 Dolo eventual vs. culpa consciente

A partir das premissas já expostas nas linhas anteriores, não se pode diferenciar dolo eventual e culpa consciente tão somente a partir de estados mentais internos do agente, notadamente porque estes são ainda intangíveis, até mesmo para a neurociência. É necessário recorrer aos indicadores externos, apreensíveis e passíveis de prova. Aliás, tendo em conta que a distinção entre dolo eventual e culpa consciente se opera, em regra, no plano do querer, Hungria e Dotti¹⁴⁰⁹ assinalam que “é elementar a necessidade desse elemento subjetivo, pois, em caso contrário, a conduta caracterizaria a culpa consciente, definida como a culpa como previsão”. Aduzem mais que a distinção é volitiva, pois “a aceitação do resultado, ou seja, o consentimento em produzi-lo, embora não desejado, seja o divisor de águas entre o dolo eventual e a culpa consciente”¹⁴¹⁰. Destarte, se observa o “querer” como critério definidor, mas não é possível tangenciar a constatação de que o “querer” depende previamente, do “saber”. Por isso, pondera Puppe¹⁴¹¹ que “não se deve perguntar se o autor confiou na não-ocorrência do resultado, mas se uma tal confiança merece ser levada em consideração pelo direito, que reprovará, assim, ao autor somente o agir culposos, e não doloso”.

Não há dúvida de que o elemento volitivo depende do elemento intelectual, inclusive por serem vasos comunicantes. Desta forma, a configuração da culpa consciente exige um juízo de valor sobre a existência do conhecimento do agente, e tal aferição axiológica se mostra idêntica àquela que se opera para aferir a possível presença do dolo eventual. Todavia, para a análise do elemento volitivo se observa uma sutil mudança, eis que no dolo eventual restará demonstrado eventual compromisso, cristalizado na assunção de um risco de produção do resultado lesivo, ao passo que tal compromisso estará ausente no estado de culpa consciente, no bojo da qual residirá um desconhecimento, ou mesmo uma crença de que essa circunstância não existia. E na medida em que o elemento volitivo é passível de prova, sua aferição servirá não apenas para evidenciar o dolo, mas distanciar o comportamento de um estado anímico próprio de culpa consciente. Nessa ordem de ideias, Pérez Barberá¹⁴¹² assinala que “a delimitação do dolo eventual em relação à culpa consciente não é realizável sem um parâmetro normativo de valoração, mas a partir da valoração a respeito da vontade”. Por isso,

1409 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. Ob. cit., p. 544.

1410 HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. Ob. cit., p. 545.

1411 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 81.

1412 PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 331.

a constatação de atos que indiquem opção pela indiferença ao resultado, ou pela manutenção do curso de violação do bem jurídico, efetivamente apontam para o dolo eventual.

É imperativo destacar que o conhecimento, individualmente considerado, não indica investimento subjetivo suficiente para que se possa imputar culpa ao agente, e se isso fosse possível, teríamos um normativismo pejorativo próprio de um causalismo remoto. Ter-se-ia mera substituição de critérios internos por critérios externos, os quais estariam abstratamente normatizados, e por isso mesmo seriam incompatíveis com as premissas principiológicas de uma política criminal sedimentada em texto constitucional. Portanto, o conhecimento é tão psicológico ou real quanto a vontade, e ambos podem ser objeto de prova.

Argumenta Diaz Pita que a decisão demonstrada, contrária ao bem jurídico, implica o compromisso necessário para a caracterização do dolo eventual. Essa mesma decisão se mostra ausente na culpa consciente, pois quem atua com culpa comete uma violação de um dever de cuidado, mas não adota uma decisão de violação ao valor protegido pelo tipo¹⁴¹³. Assim, embora o dolo, enquanto elemento subjetivo, consista em conhecer e saber, ele não é constatável empiricamente, pois é um qualificativo da conduta. Tal qual é impossível mensurar matematicamente a beleza, é igualmente impossível quantificar o dolo. Estará presente ou ausente, e tal presença ou ausência serão aferidas a partir de indicadores externos do comportamento. E se as circunstâncias fáticas apontarem a assunção de um risco não tolerado, isto por certo apontará para um estado anímico de dolo eventual.

Nesses moldes, a cegueira deliberada pode ser descrita como um indicador de dolo eventual, pois se caracteriza a partir de uma opção efetiva e consciente pela assunção de determinado risco, e da subsequente produção de um resultado penalmente relevante, isto a partir de determinado conhecimento sobre elementos do tipo, somados à escolha de não adquirir mais conhecimento disponível acerca de tais elementos. E uma vez posta tal premissa, de que a cegueira deliberada representa um indicador da presença do dolo eventual, a questão subsequente será: como provar um estado de cegueira deliberada?

4.3 Cegueira deliberada e dolo

É oportuno relembrar que a teoria da cegueira deliberada comporta basicamente duas posturas: a) o agente suspeita que pode estar tomando parte em algum ilícito penal, mas não investiga tal suspeita; b) o agente prevê possíveis envolvimento em situações futuras,

1413 DIAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. Ob. cit., p. 15.

potencialmente ilícitas, e cria meios para evitar a obtenção de conhecimento sobre dados relativos a tais circunstâncias. Como exemplos possíveis da primeira situação podem ser apontados: a.1) receber dinheiro para transportar um carro através de uma fronteira, sem questionar se há algum material ilícito dentro do veículo; a.2) aquisição de pornografia sem questionar se, em meio ao material adquirido há pornografia infantil; a.3) vender bebida alcoólica sem questionar se o adquirente ostenta idade legal para a aquisição; a.4) deixar de verificar a existência de fundos antes da emissão de um cheque administrativo; a.5) contratar menor de idade para fazer show erótico em casa noturna sem pedir identificação; a.6) baixar grande volume de arquivos de mídia da internet, dentre os quais arquivos de pornografia infantil, para em seguida armazená-los e distribuí-los; a.7) vender mercadorias de elevado valor e receber pagamentos em dinheiro vivo¹⁴¹⁴; a.8) assinar, sem prévia leitura, documentos ideologicamente falsos. E para densificar hipóteses da segunda situações é possível admitir: b.1) dirigente de empresa que ordena a porteiros ou recepcionistas que não recebam quaisquer correspondências; b.2) delegado de polícia que ordena a subordinado que informe a usuários de serviços públicos que estão sem sistema na delegacia; b.3) gestor público que adota mecanismos para que denúncias de corrupção não cheguem a seu conhecimento; b.4) provedor que implementa filtros para que mensagens de violação de propriedade intelectual não cheguem a seu conhecimento; b.5) vendedor de cigarro que usa mecanismos *online* para efetuar vendas; b.6) empresa de transportes que permite que o funcionário controle o próprio ponto para que este trabalhe mais e tenha menos intervalo de descanso.

Há um elemento comum a todas as situações hipotéticas acima aludidas. Em todas elas, ainda que as informações estivessem disponíveis, os respectivos agentes não detinham consciência ou conhecimento certo e atual sobre algum dos elementos de suas condutas, componentes de um tipo penal, razão por que, adotando-se uma aceção estrita de dolo, nenhum deles teria atuado dolosamente. Poderiam invocar a tese de que agiram em erro, e quanto a isso, dispõe o art. 20 do CPB que “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo”. Nessa linha de pensamento, Bottini argumenta que, se o erro (falsa percepção da realidade) exclui o dolo, a ignorância (total desconhecimento da realidade) também o excluiria¹⁴¹⁵.

1414 BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 25 de 16.01.2013. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-1/resolucao-no-25-de-16-de-janeiro-de-2013-1#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,613%2C%20de%203.1998>. Acesso em 26.02.2023.

1415 Em sentido diverso, Bottini defende que a cegueira deliberada seria uma espécie de auto colocação em situação de erro de tipo. Assim “(...) Trata-se de instituto de origem jurisprudencial norte-americana pelo qual se

É necessário objetar, contudo, que a reflexão de Bottini se mostra falha, eis que incompleta. Com efeito, não se pode confundir o estado de “ignorância” com o estado de “ignorância deliberada”, pois nesta segunda situação o agente detém algum conhecimento intuitivo, percebe que está sendo demandado a adotar uma conduta com componentes suspeitos, mas, ainda assim, persiste no comportamento porque teve sua volição comprometida e direcionada a ignorar os riscos de um resultado lesivo, normalmente a partir de uma generosa influência financeira. Destarte, a vontade é maximizada e ocupa ponderável espaço que deveria ter sido preenchido pelo conhecimento.

É ainda oportuno lembrar que o art. 18, § único do CPB assinala que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Por consequência, se o ordenamento não incrimina a modalidade culposa de determinada conduta, ela permanece impune, por ser reputada penalmente atípica. Assim, conjugando-se os limites impostos por ambos os dispositivos (CPB, arts. 18, § único, e 20), certa parcela da doutrina que defende a presença de um dolo com matiz eminentemente psicológico opõe variados questionamentos: a) ante os limites dogmáticos da estrutura do delito, é possível responsabilizar criminalmente alguém que não conhece um elemento do tipo penal? b) só se pode punir o autor que age com propósito, se ele representar menos uma chance de resultado lesivo? c) a quantidade de conhecimento detida por alguém é uma escolha individual e uma questão de foro íntimo? d) seria adequada a ideia de a quantidade de conhecimento guardar relação direta com a quantidade de reprovabilidade que uma conduta possui e, por conseguinte, com a quantidade de pena a ser atribuída?

Com vistas a demonstrar que uma postura de autolimitação cognitiva ostenta relevância penal, pondera Ira Robbins¹⁴¹⁶ que “(...) parece haver uma noção prevalecente de que ninguém pode ser acusado de ter mais conhecimento do que opta por ter; que se é permitido fechar os olhos frente às origens da informação e então escusar sua ignorância dizendo que não viu nada (...). Se se tem meios de se descobrir a verdade sobre os fatos via exercício de diligência ordinária, então se é obrigado a fazê-lo”. Para o jurista de Washington, o elemento subjetivo não estaria atendido tão somente com a ideia de consciência real por parte do agente, mas a partir de um conceito denominado consciência potencial, capaz de afastar o

aceita como dolosos os casos em que o agente se coloca em uma situação proposital de erro de tipo”. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jl-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em 26.02.2023.

1416 “Here seems to be a prevalent notion that no one is chargeable with more knowledge than he chooses to have; that he is permitted to close his eyes upon all sources of information, and then excuse his ignorance by saying that he does not see anything (...) If he has the means of ascertaining the true state of facts by the exercise of ordinary diligence, he is bound to do so” (ROBBINS, Ira. Ob. cit., p. 197).

sofisma do desconhecimento. Nessa trilha, é razoável inferir que um “estado de ignorância” pode excluir o delito, desde que em circunstâncias legítimas ou não abarcadas pela *willful blindness*, contudo, em sentido diametralmente oposto um “estado de ignorância deliberada” será componente do delito, especialmente porque tanto nos sistemas anglo-americanos quanto nos sistemas de inspiração romano-germânica, certas condições de ignorância voluntária são equiparadas ao conhecimento efetivo do agente, e isso atrai a incidência do dolo.

Robbin Charlow¹⁴¹⁷ reconhece que ainda falta consenso doutrinário sobre a *willful blindness*, e quanto a isso adverte que “em que pese o emprego, durante mais de cem anos, da teoria da cegueira deliberada como uma forma de imputação subjetiva criminal, existe uma tremenda confusão nesta matéria e uma sensação oculta de que algo não funciona bem”. É oportuno relembrar que a teoria da cegueira deliberada tem origem anglo-saxã e que o direito penal da *common law* se desenvolveu de forma um pouco distinta do direito penal da *civil law*, razão por que é sempre necessário refletir sobre a compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com os sistemas jurídico-penais de matriz romano-germânica, e com esse escopo é essencial cotejar os diferentes conceitos de culpa *lato sensu*, tal como adotados por ambos os sistemas. Com efeito, o direito penal de matriz romano-germânica gradua o elemento subjetivo do tipo a partir de uma relação entre consciência, previsibilidade e resultado. Precisamente por isso é que a doutrina continental propõe duas escalas de subjetividade de uma conduta: dolo e culpa.

Nessa esteira, o dolo se fraciona em: a) dolo direto, quando o agente ostenta consciência de sua conduta e de seus elementos, conhece o risco gerado, deseja e busca o resultado de sua ação; b) dolo indireto, quando o agente detém consciência da conduta e seus elementos, detém a previsibilidade do risco, e não deseja o resultado de sua ação, mas o aceita como consequência (ou mero efeito colateral) e por isso lhe é imputado o querer; c) dolo eventual, quando o agente tem consciência da conduta e seus elementos, prevê os riscos dela, não aceita nem deseja um resultado de sua ação, mas, ainda assim, não interrompe o curso causal de seu comportamento, e por ser sabedor do risco gerado por seu agir, atrai a imputação própria dos que querem.

Já na escala das condutas culposas, tem-se: a) culpa consciente, também conhecida como *ex lascívia*, na qual o agente prevê o resultado, mas leva adiante sua conduta porque não aceita o resultado lesivo como possível, pois acredita poder evitá-lo, seja por confiar na sorte, seja por aceitar suas habilidades pessoais ou na providência divina; b) culpa inconsciente,

1417 CHARLOW, Robbin. Ob. cit., p. 1351-1429.

também denominada culpa *ex ignorantia*, a qual se observa quando o resultado, embora previsível, não é previsto pelo agente, ainda que tal resultado fosse previsível a qualquer outro indivíduo nas mesmas circunstâncias. É o caso da negligência, imperícia ou imprudência, em que não houve a previsão do resultado por descuido, desatenção ou desinteresse do agente.

Assim, embora o padrão seja incriminar penalmente apenas os comportamentos dolosos, algumas vezes, por questões de política criminal, o Estado impõe sanções penais por violação de expectativas normativas, nomeadamente por violação de um dever de cuidado, assim entendida por Cezar Bitencourt¹⁴¹⁸ como sendo a conduta mal dirigida, e nas lições de Feijóo Sánchez¹⁴¹⁹, a conduta contextualizada em um determinado parâmetro social.

Em todo caso, o que se observa é que em todos os níveis das duas escalas de culpabilidade estão presentes o elemento cognitivo, a geração de risco, e quanto aos graus de reprovabilidade, residem na decisão do legislador em entregar ao intérprete algumas situações de ponderação consequencial. Destarte, todos os níveis de elemento subjetivo detêm como ponto coincidente o elemento da consciência, mas aqueles que ostentam o elemento volitivo em sua essência recebem maior carga de reprovação, pelo agir intencional ou sua equiparação.

Consoante destacamos no capítulo 2 deste trabalho, o Brasil adotou expressamente a teoria do consentimento, através do art. 18 do CPB, sanando as questões sobre o caráter imprescindível da vontade do agente que jazia sobre o dolo eventual. Precisamente em função disso é que o sujeito que se conformou com o resultado previamente representado, caso este venha a ocorrer, responde como se tivesse agido com dolo, tal qual aquele que buscou diretamente o resultado. E ainda sobre a teoria do consentimento, pondera Bitencourt que essa orientação acerca do dolo somente é admissível quando o conteúdo da vontade (enquanto querer, ou assumir a produção do resultado) estiver vinculado ao conhecimento atual dos elementos objetivos do tipo (consciência ou representação), mas adverte que o dolo estará ausente nas circunstâncias de defeito de conhecimento¹⁴²⁰, e tal situação deve ser especialmente destacada, na medida em que a cegueira deliberada importa em ausência de conhecimento dos elementos objetivos, ainda que em decorrência de motivação inidônea. Quanto ao ponto, Ragués i Vallès propõe a reflexão segundo a qual “se se aceita que podem

1418 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. p. 278.

1419 “Lo decisivo a efectos de imputación jurídico-penal no es que el sujeto quiera infringir un deber, sino que exista una ‘decisión contraria a deber’, y por ello la diferencia entre el injusto doloso y el imprudente depende de la relevancia social de los deberes. En este sentido, cuando la norma describe un hecho como típico, de esa descripción se deriva un deber directo o inmediato de evitación, que es el que caracteriza al delito doloso” (FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo. *Mejor no saber....más*. In: VALENZUELA, Jonatan. (org.). *Discusiones-Numero XIII. Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Buenos Aires: EdiUNS, 2013. p. 131).

1420 A expressão “defeito de conhecimento” não corresponde ao erro de tipo, mas no sentido de que o agente não possui o conhecimento do elemento do tipo.

existir casos de dolo sem representação de todos os elementos do tipo, surge então a dúvida de como deverá definir-se daqui para diante o dolo”¹⁴²¹.

No âmbito dos sistemas penais anglo-americanos a construção de um conceito similar ao elemento subjetivo do tipo se deu por meio do instituto da *mens rea*, traduzível como “mentalidade criminosa”. Portanto, quanto maior for a capacidade de se demonstrar perante um tribunal o intuito criminoso de um agente, em tese maior dever ser a pena cominada a tal indivíduo. Contudo, dois óbices foram observados: a) o nível de discricionariedade conferida na interpretação do alcance do que seria a “*mens rea*”; b) a ausência de força dogmática da “*mens rea*”.

Relativamente ao primeiro problema, este se revela na medida em que os tribunais, por vezes, adotam nomenclaturas e fórmulas distintas para caracterizar a *mens rea*, tais como “*criminal intent*”, “*felonious intent*”, “*malice aforethought*”, “*guilty knowledge*”, “*fraudulent intent*”, “*willfulness*”, “*scienter*”, ou ainda “*evil purpose*” e “*mental culpability*”. Aliado a isso, conferem *status* jurídico a conceito filosófico de livre arbítrio, segundo o qual o indivíduo sempre dispõe de liberdade de conduta, e por isso mesmo deve dispor de habilidade e do dever de escolher entre o bem e o mal. Portanto, a mentalidade criminosa era atribuída individualmente, numa apreciação da pessoa e não da conduta¹⁴²², numa espécie de direito penal autor. Não por acaso, Chiesa adverte que o conceito de delito da *common law* durante o século XIX era o de algo “constituído pela concorrência de uma mente que busca o mal e uma mão que faz o mal”¹⁴²³. É igualmente certo que a variedade de expressões associadas à *mens rea* provocava debates sobre a correta aplicação de cada expressão às circunstâncias do caso concreto. A título de exemplo, uma conduta negligente do sujeito jamais poderia se ajustar às expressões “com malícia”, ou “com propósito perverso”. Por igual, o conceito de *malum prohibitum*¹⁴²⁴ também se mostra inconciliável com tais

1421 “Si se acepta que puedan existir casos de dolo sin representación de todos los elementos del tipo, surge entonces la duda de cómo deberá definirse en adelante el dolo” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Ob. cit., p. 206).

1422 Ainda em 1964, Welzel negava a culpabilidade como sendo a capacidade de optar livremente pelo cometimento do mal. Entendia se tratar da capacidade do indivíduo de não se deixar levar pelos instintos de uma camada profunda e instintiva da personalidade humana. Destarte, seria a capacidade, a potencialidade de obediência e a vontade do indivíduo em acatar a exigência estatal de obediência ao direito frente ao fato concreto (WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

1423 CHIESA, Luis E. *Comparative Criminal Law*. In: BUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 224.

1424 *Malum prohibitum* é um conceito paralelo ao de *malum in se*. Enquanto este trata dos maus por si só, vale dizer, dos delitos considerados a partir da lógica jusnaturalista em que ofensas atingem valores comuns ao ser humano e são moralmente identificadas como prejudiciais a partir de reflexões fáticas, aqueles tratam de delitos criados pelo homem, a partir de valores construídos pela sociedade e que apenas existem porque gerou-se conceito de importância para valores não naturais.

expressões, seja pela inexistência de malícia ou imoralidade, seja pela positivação motivada de um modo político-criminal.

A propósito do segundo problema, qual seja a ausência de força dogmática da *mens rea*, isto derivou da circunstância de que tradicionalmente a *common law* não impôs a presença de um elemento subjetivo integrador da conduta como pressuposto obrigatório para configuração do crime, e com isso restou possível editar leis que tipificaram condutas destituídas de dolo ou culpa, vale dizer, uma política criminal de responsabilização penal objetiva. Naturalmente que a construção de um direito penal paternalista, que comina penas a condutas de mero descumprimento de deveres administrativos impostos pelo Estado, dispensa a presença do elemento subjetivo do tipo, e impunha uma lógica punitiva de cariz essencialmente retributivo, na medida em que desconsidera propósito, intenção, conhecimento ou vontade do agente. Por outro lado, sempre que o crime em exame não adotava a lógica da *strict liability* (responsabilidade objetiva), acusação e defesa se controvertiam em torno da comprovação de mentalidade delinquente, razão por que a defesa se empenhava em demonstrar ausência de um propósito criminoso por parte do arguido. E nessa disputa, não raro, a falha da defesa em provar o bom caráter do réu poderia resultar em condenação¹⁴²⁵.

Exemplo bastante elucidativo desse grau de subjetividade e da relevância axiológica conferida à boa-fé do agente pode ser colhido no caso *Spurr vs. United States*. Assinalou a Suprema Corte, ao relatar o caso, que “se a prova falha em satisfazer suas mentes, claramente e acima de qualquer dúvida razoável, de que o réu realmente sabia, no momento em que certificou os cheques mencionados na denúncia, que Dobbins & Dazey não possuíam, depositados no banco, os fundos suficientes e créditos para atender os cheques certificados, então vocês devem absolvê-lo, a não ser que estejam convencidos, fundamentados em prova acima de qualquer dúvida razoável, de que ele deliberadamente, designadamente e de má-fé, fechou seus olhos para o fato e propositadamente se absteve de questionar ou investigar com intuito de evitar o conhecimento”¹⁴²⁶. O estado de boa-fé foi igualmente enaltecido em trecho

1425 O vocábulo “*malice*” era frequentemente utilizado para significar a consciência de que o ato gerava risco de dano, segundo Regina C. Cunningham, *apud* CHIESA, Luis E. *Substantive Criminal Law*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2014. p. 228.

1426 “*If the proof fails to satisfy your minds, clearly and beyond a reasonable doubt, that the defendant did actually know, at the time he certified the checks mentioned in the indictment, that Dobbins & Dazey did not have on deposit in the bank sufficient funds and credits to meet the checks so certified, then you should acquit him unless you are convinced by the proof, beyond a reasonable doubt, that he willfully, designedly, and in bad faith—these words mean substantially the same thing - shut his eyes to the fact, and purposely refrained from inquiry or investigation for the purpose of avoiding knowledge. The court had also said that, in general, if the defendant acted in good faith in making these certifications, believing that the state of the account of Dobbins & Dazey justified it, he is not guilty of the offense charged. Mere negligence or carelessness, unaccompanied by bad faith, would not render him guilty*”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/174/728/>.

do relatório onde se refletia que “se o réu agiu de boa-fé ao fazer tais certificações, acreditando que o estado das contas de Dobbins & Dazey justificava isso, ele não é culpado das acusações. A mera negligência ou a falta de cuidado desacompanhados de má-fé não podem render-lhe culpa”.

Com a chegada do século XX, se observou um melhor aprimoramento do conceito de causalidade, pois a doutrina anglo-americana passou a admitir a precedência do “*actus reus*” em relação à “*mens rea*”, e com isso consolidou-se a percepção de que a sanção deveria contemplar não a pessoa do acusado, mas o injusto por ele cometido¹⁴²⁷, vale dizer, a ação ou omissão causada com elemento subjetivo. Frise-se que a expressão “*actus reus*” sinaliza a relação de causalidade entre a conduta praticada pelo autor e que seja reputada fundamental para a consecução do evento juridicamente proibido¹⁴²⁸. Assim, com o advento do MPC, incumbiu-se ao juiz o dever de aferir, no caso concreto, qual o grau de culpabilidade que estaria evidenciado, a partir das explicações escritas. Daí porque restou positivada a culpa em sentido amplo, entretanto, o MPC não chegou a inserir nessa gradação de *culpability* o conceito da cegueira deliberada. Consoante salientado no primeiro título deste trabalho, foram conceituados quatro estados subjetivos, apenas: a) *purposely*, b) *knowingly*, c) *recklessly*, d) *negligently*.

Embora não se possa afirmar uma plena equivalência entre os quatro graus de culpabilidade do sistema penal americano, e os graus de culpabilidade adotados nos sistemas penais de raiz romano-germânica, é necessário admitir que *purpose* muito se assemelha ao dolo direto, na medida em que representa a ação de alguém que conhece os elementos da ofensa e nela conscientemente se engaja, ou conhece o resultado de sua ação e conscientemente o causa. Já o estado de *knowledge* se aproxima do dolo indireto, evidenciado pela conduta daquele que age tendo a quase certeza de que seu comportamento ocasionará determinado efeito juridicamente proibido. Portanto, ainda que inexista intenção deliberada, o agente percebe a grande probabilidade de obtenção do resultado lesivo. O estado de *recklessness*, por seu turno, não dispõe de um tipo subjetivo equivalente específico nas gradações de culpabilidade próprias da *civil law*, mas certo segmento da doutrina o equipara

Acesso em: 25.02.2023. No mesmo sentido: *Morisette vs. United States* (1952). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-morissette-v-united-states>. Acesso em 25.02.2023.

1427 A Califórnia persiste com o conceito de “*mens rea*” como fundamental, eis que rejeita o MPC como referência. Desse modo, persevera na ideia de que a punição deve recair sobre a pessoa que se mostra má. Demonstração disso é a regra do “*three strikes*” que pune o terceiro crime violento com pena de 25 anos até pena perpétua, considerando o delinquente habitual mais do que a conduta praticada para fins de retribuição.

1428 O “*actus reus*” é denominado de fator extrínseco do delito, ou seja, é toda a conduta realizada no sentido de um cometimento de um delito (ações, omissões ou possessões). No Brasil, isto é entendido como “*conditio sine qua non*”; enquanto que no sistema anglo-saxão tais condutas são decompostas em “*but-for causes*”.

ao dolo eventual, eis que sua definição, segundo o MPC, corresponde ao comportamento do sujeito que age conscientemente, mas por leviandade¹⁴²⁹, desconsidera um risco substancial e injustificável, o qual foi ocasionado por sua conduta. Além disso, para caracterização da *recklessness* é necessário que o risco seja de tal envergadura, considerando o propósito e a natureza da conduta do autor e as circunstâncias conhecidas por ele, que sua desconsideração represente grave desvio de uma conduta esperada de um indivíduo cumpridor da lei, segundo o padrão do homem médio. Em todo caso, nesse estado anímico não se cogita de uma aceitação do resultado por parte do agente, embora haja grande irresponsabilidade na condução da atividade. Por fim, é necessário admitir que o estado de *negligence* guarda acentuada semelhança com a culpa em sentido estrito, seja ela consciente ou inconsciente. Portanto, há conduta negligente, quanto a algum elemento do crime, quando o sujeito deveria estar consciente de um risco substancial e injustificável gerado por sua conduta, salientando-se que o risco não percebido pelo agente deve se referir ao dever de cuidado que uma pessoa normal observaria e respeitaria na mesma situação.

4.3.1 Dever de cuidado

Inexiste consenso doutrinário sobre o método analítico a ser empregado para a apreciação da *willful blindness*, mas é possível identificar na doutrina quatro posições distintas que equiparam cegueira deliberada a: a) um estado de culpa por impudência grave (*recklessness*)¹⁴³⁰; b) um estado de culpa por negligência; c) um estado de dolo eventual¹⁴³¹; d) um estado próprio de dolo comum. Naturalmente não se pode tangenciar o exame de emblemáticos casos observados nas Cortes de Apelação Federal dos 11 Circuitos existentes

1429 Luis Greco define, em sua tradução do livro de Ingeborg Puppe como “leviandade” e “culpa grave” a figura da “*leichtfertigkeit*” alemã, semelhante à figura do “*recklessness*” do direito anglo-americano. (PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 13). Na doutrina francesa há um instituto semelhante. Denominado “*mise en danger délibéré*” no artigo 121-3 do CP francês.

1430 MARCUS, Jonathan L. *Model Penal Code. Section 2.02(7) and willful blindness*. The Yale Journal. v. 102. n. 8. *Symposium: Economics Competitiveness and the law*, jun. 1993.

1431 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 25.02.2023; LAUFER, Christian e DA SILVA, Robson E. Galvão. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In: Boletim IBCCrim. n. 204, nov. 2009. No mesmo sentido diversos precedentes da jurisprudência brasileira, dentre os quais: Sentença no Proc. n. 5026212-82.2014.4.04.7000 (13ª Vara Federal de Curitiba); Acórdão na Apelação Criminal nº 5009366-18.2013.4.04.7002/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5003776-79.2012.4.04.7007/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5001945-68.2013.4.04.7004/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5010419-05.2011.4.04.7002/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5002443-10.2012.4.04/R; Acórdão na Apelação Criminal nº 5002361-47.2010.4.04.7002/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5014585-46.2012.4.04.7002/PR; Acórdão na Apelação Criminal nº 5009665-29.2012.4.04/PR (todos do TRF da 4ª Região); Acórdão na Apelação Criminal nº 0010017-62.2012.4.03.6109/SP e Acórdão na Apelação Criminal nº 0006251-86.2006.4.03.81/SP (ambas no TRF da 3ª Região).

nos EUA e que examinaram os contornos da *willful blindness*¹⁴³². Em verdade, é imperativo reconhecer a ausência de uniformidade na base de justificação das condenações impostas a diversos acusados que atuaram em estado de cegueira ou ignorância deliberada¹⁴³³, e ponderável parcela desses casos adota a premissa de que é possível imputar subjetivamente culpa a partir de violações de dever de cuidado.

Ingenborg Puppe assinala que, em regra, o conhecimento tem função constitutiva para o injusto, e isso se identifica na constituição dos deveres de cuidado, que dependem de que se parta de determinados conhecimentos do autor¹⁴³⁴. Por isso, entende como necessária alguma objetivação legal para definir os contornos da *willful blindness*. Ragués e Vallès adverte que a mesma percepção se alcança a partir dos principais julgados do Tribunal Supremo da Espanha, os quais invocam o dever de cuidado como justificativa de fundo nas situações de ignorância, mas pondera que o manejo do argumento na situação de ignorância deliberada é mais robusto e perceptível do que nas situações de cegueira deliberada em sentido estrito. Destarte, a violação de um dever de cuidado se justifica mais claramente quando o surgimento de tal dever, ou sua identificação, emanam de um caso concreto que esteja em andamento, pois a criação de dever de cuidado em circunstância fática muito anterior ao resultado reprovável assume matizes de “futurologia”, e por isso mesmo assinala a possibilidade de punição em abstrato.

Para densificar o raciocínio, admita-se por hipótese que uma pessoa suspeite que sua conduta, ou algum elemento objetivo, dela possam ostentar caráter juridicamente reprovável, mas opta por não examinar melhor os contornos de seu próprio comportamento, e segue adiante com seu *modus operandi*. Nesse cenário, a omissão em apurar os riscos de lesividade jurídico-penal do comportamento consistiria em uma violação do dever de cuidado. É certo que a situação excluiria a cegueira deliberada propriamente dita, eis que não há como reprimir

1432 Precedentes examinados: 1) *Cheek vs. United States*, 2) *Nicholson vs. United States*, 3) *Spurr vs. United States*, 4) *Crabtree vs. United States*, 5) *Jack vs. United States*, 6) *Feijoo-Tomala vs. United States*, 7) *Guillet vs. United States*, 8) *Caminos vs. United States*, 9) *Chen vs. United States*, 10) *Rivera vs. United States*, 11) *Nazon vs. United States*, 12) *Barnhart vs. United States*, 13) *Bahadar vs. United States*, 14) *Campbell vs. United States*, 15) *Sasser vs. United States*, 16) *Galindo-Torres vs. United States*, 17) *Mohabir vs. United States*, 18) *Guzman vs. United States*, 19) *Del Aguila-Reyes vs. United States*, 20) *Picciandra vs. United States*, 21) *Rodriguez vs. United States*, 22) *Pacific Hide & Fur Deposit Inc. vs. United States*, 23) *Alvarado vs. United States*, 24) *Bobadilla-Lopez vs. United States*, 25) *Francisco-Lopez vs. United States*, 26) *Aulet vs. United States*, 27) *Fingado vs. United States*, 28) *Leary vs. United States*, 29) *Mapelli vs. United States*, 30) *Garzon vs. United States*, 31) *Mang Sun Wong vs. United States*, 32) *Sanchez-Robles vs. United States*, 33) *Jewell vs. United States*, 34) *Heredia vs. United States*, 35) *Wert-Ruiz vs. United States*, 36) *Global-Tech Appliances Inc. vs. United States*, 37) *Felton vs. United States*, 38) *States v. Nations*.

1433 No mesmo sentido: O'TOOLE, Timothy P. *Patently Unusual: How a Recent Supreme Court Patent Decision Alter the landscape for Proving The Criminal Knowledge*, v. 18. n. 10. *Westlaw Journal of Intellectual Property* (2011).

1434 PUPPE, Ingenborg. Ob. cit., p. 105.

deveres de cuidado relativos a situações futuras e incertas. Nesse cenário, a escolha do legislador se restringiria a controles preventivos de caráter administrativo, ou por *criminal compliance*, especialmente porque o conhecimento da ilicitude deve ser atual (e possível) e não futuro. Nessa hipótese, a reprovabilidade surge da omissão, do não agir, quando a situação presente recomendava precisamente o contrário. Para o estado de ignorância deliberada é indispensável que o agente se mantenha em posição de desconhecimento proposital durante a fase executória¹⁴³⁵.

Ragués e Vallès adverte que todo aquele que permanece longamente sem acessar certas informações relevantes para a integridade de determinados interesses jurídicos, evidencia maior indiferença do que o indivíduo meramente negligente. Ao que parece, essa foi a linha de compreensão adotada pela Corte de Apelações Federais do 3º Circuito, ao assinalar que “a concepção principal de cegueira deliberada (é a de que se trata de) um estado mental de maior culpabilidade que a simples negligência ou leviandade, culpa grave e mais propensa ao conhecimento”¹⁴³⁶. Segundo tal concepção doutrinária temos o dever perene de nos informar acerca das situações com as quais estamos envolvidos, e isso deriva de nossa condição de indivíduos integrados a um corpo social. Destarte, a eventual violação de tal dever de buscar informações seria suficiente para gerar a imputação de responsabilidade penal própria daqueles que querem ou aceitam todos os elementos que integram a conduta típica. Aliás, quanto ao ponto, Ingeborg Puppe¹⁴³⁷ pondera que “todo o dever de cuidado parte do conhecimento do autor sobre uma situação, conhecimento este que ele obteve de modo mais ou menos casual, mas que o obriga, primeiro, a reconhecer que seu projeto de ação pode criar um perigo não permitido para o bem jurídico, e, depois disso, a formular uma estratégia para eliminar tal perigo, ou para reduzi-lo a dimensões permitidas”.

Nesse cenário, o descumprimento proposital ou desidioso do dever de busca de informações mais precisas sobre determinada situação pelo indivíduo ensejaria uma extensão do conceito de consciência atual, para um conceito de consciência da possibilidade, tal como ocorre na representação mental realizada pelo agente, antes de concretizar sua conduta. Portanto, o dever de cuidado descumprido poderia servir de substituto do conhecimento. Essa

1435 Fase executória é indicada no sentido *ex post*. Ante o estado de ignorância do agente, não seria possível denominar tal fase, pois se pressuporia a decomposição da conduta em fases. De fato, há apenas o ato pontual de obscurecimento e o ato pontual do aperfeiçoamento da conduta involuntária, não se podendo falar em fase de cogitação, preparação, execução e consumação.

1436 “The maitstream conception of willful blindness (is that it is) state of mind of much greater culpability that simple negligence or recklessness, and mora akin to knowledge”. *United States vs. One* (1973). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/43/794/553207/>. Acesso em 26.02.2023.

1437 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 19.

parece ser a posição de Cezar Bitencourt¹⁴³⁸, ao pontuar que o dever objetivo de cuidado trata do reconhecimento do perigo para o bem jurídico tutelado e a preocupação com as possíveis consequências que uma conduta descuidada pode gerar, levando a um não agir], exceto após adotar medidas necessárias e eficientes para prevenir resultado danoso. Todavia, a proposição de Bitencourt nos impõe a indagação sobre qual evidência seria suficiente para deflagrar o dever de cuidado, e a resposta é conferida por Welzel¹⁴³⁹, mediante sua classificação sobre tipos penais abertos e fechados, segundo a qual estes últimos são aqueles em que ao julgador basta a verificação positiva de seus elementos, somada à ausência de justificações, para que o delito seja consumado, isto porque o legislador é exaustivo na descrição da conduta. Por outro lado, nos tipos abertos o julgador precisa desenvolver positivamente a comprovação da licitude, aprofundando reflexão sobre determinado elemento, eis que esta não emerge do mero preenchimento das circunstâncias do tipo. Daí porque o juiz precisa completar a subsunção da conduta ao tipo penal, por meio de sua interpretação sobre os significados das condutas (comissivas ou omissivas) do agente.

Em princípio, o direito penal brasileiro comporta duas hipóteses em que a não adesão aos deveres de cuidado rende ensejo à responsabilização penal nos moldes apresentados. Isso se verifica nos delitos omissivos, e nos delitos culposos por negligência do agente¹⁴⁴⁰. A propósito disso, dispõe o art. 13 do CPB que “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”. E deitando luzes sobre as condutas omissivas, a doutrina aponta situação de omissão própria, quando um agente tem o dever de agir, por dicção legal, mas permanece omissor, ao passo que a omissão imprópria se verifica quando o dever de agir decorre da necessidade de evitar um resultado lesivo a um bem jurídico. Relativamente ao tema, Cezar Bitencourt¹⁴⁴¹ argumenta que “na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obrigação de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal. Na verdade, o sujeito não o

1438 BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66.

1439 WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Ob. cit., p. 73.

1440 Nos delitos omissivos o agente terá de empreender todo o seu esforço para evitar o resultado proibido, ao passo que nos delitos culposos da categoria negligência, o risco proibido deve ser previamente conhecido e desde o início o agir é direcionado para sua evitação.

1441 BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. Ob. cit., p. 67-69.

causou, mas como não o impediu é equiparado ao verdadeiro causador do resultado”. Do cotejo entre as duas situações resta perceptível que a chave para a questão reside na inocorrência de participação do agente na ação, que gera o não impedimento do resultado, ainda que tal impedimento fosse imposto pelo ordenamento jurídico, de modo que se observa um conceito normativo de dever de cuidado.

Uma análise academicamente neutra, sobre a postura adotada por quem decide não investigar uma suspeita, revela que uma omissão constitui *conditio sine qua non* para a cristalização do resultado lesivo, nos casos de cegueira deliberada em sentido amplo (e também na relação causal apontada pela segunda parte do art. 13 do CPB). É virtualmente impossível rechaçar os conceitos próprios dos deveres de cuidado quando o julgador é chamado a aferir se alguém que possuía uma suspeita, podia e devia agir. Naturalmente não se deve olvidar que a negligência representa uma segunda escala de violação dos deveres de cuidado¹⁴⁴², isto porque o agente que poderia e deveria ter agido de outro modo, também malfez um dever objetivo de cuidado. Quanto ao ponto, Cezar Bitencourt¹⁴⁴³ adverte que “o núcleo do tipo de injusto nos delitos culposos consiste na divergência entre a ação efetivamente praticada e a que devia realmente ter sido realizada, em virtude da observância do dever objetivo de cuidado”. Portanto, a conduta negligente se perfaz mediante o não investigar profundamente a dúvida ou suspeita sobre a circunstância elementar do tipo penal, ao passo que a imprudência tem lugar através do agir destituído do dever de cuidado. Ambas as posturas omissas são faces de uma mesma moeda, ainda que a justificativa parta da reprovação de um não agir que foi antecedido por uma suspeita ignorada, não investigada, deliberadamente tangenciada.

De fato, a aferição da tipicidade de tais espécies delinquentes impõe obrigatoriamente a análise das circunstâncias fáticas do caso concreto, tudo de molde a detectar qual seria o nível de cuidado necessário e normalmente exigível. Sobre o tema, Cezar Bitencourt¹⁴⁴⁴ pontua que no momento de determinar se a conduta do autor se ajusta ao tipo de injusto culposos é necessário indagar, sob a perspectiva *ex ante*, se no momento da ação ou da omissão, era

1442 “A diferença entre aquele que age com culpa consciente e inconsciente está unicamente em que o primeiro, ao menos, cumpre parte de seu dever de cuidado, somente num segundo momento vindo a deixar de levar em conta a função de apelo da situação, enquanto o segundo desde o início ignora esse apelo. Não se pode afirmar de modo genérico, portanto, que a culpa consciente demonstre maior grau de indiferença em relação à integridade alheia. Também do conhecimento de fatos entre os quais não se encontra a possibilidade de dano pode decorrer um forte apelo para que se obtenha tal conhecimento. A distinção entre culpa consciente e inconsciente tem, assim, significado meramente teórico e classificatório, mas, de maneira alguma, caráter normativo” (PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 19).

1443 BITENCOURT, César Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. Ob. cit., p. 70.

1444 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. Ob. cit., p. 374-378.

possível para qualquer pessoa, no lugar do autor, identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido (cognoscibilidade ou conhecimento do risco proibido e previsibilidade da produção do resultado típico). A indagação, contudo, sobre se o agente tinha as condições necessárias ou adequadas, isto é, se podia, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas, somente deverá ser analisada no plano da culpabilidade (exigibilidade de conduta conforme ao direito).

É necessário admitir que a expressão “podia e devia” é manejada com alguma frequência, por legisladores e julgadores, a acerca disso Ragués i Vallès¹⁴⁴⁵ pondera que “podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, deliberadamente a decisão de manter-se ignorante”, mostra diversos julgados no mesmo sentido. Portanto, a ignorância deliberada se mostra igualmente relativa ao instituto do dever de cuidado violado, e cotejando tal instituto com o art. 13 do CPB, se observa que a norma penal brasileira impõe o dever de ação: a) àquele que tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) àquele que assumiu a responsabilidade de impedir o resultado por situações que não as previstas em lei; c) àquele que, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. Dentre as três situações, é precisamente esta última que melhor se adequa ao estado de *willful blindness*, eis que se mostra admissível a reflexão segundo a qual a opção por não investigar a suspeita de circunstância componente de um tipo penal, na mais branda das hipóteses, o indivíduo estaria criando o risco da ocorrência do resultado, e na mais severa, estaria propositalmente envolvido na trama. Conclusivamente, em ambas as hipóteses subjaz um dever de investigação razoável, como derivação lógica de uma postura de lealdade ao Direito e de evitação (ou, pelo menos, de mitigação) de riscos não permitidos.

Nessa linha de raciocínio, Alexander Sarch¹⁴⁴⁶ destaca que se alguém está ciente de que a conduta que se está prestes a praticar poderia impor risco substancial e injustificável a outros, adquirir-se-ia o dever de investigar utilizando-se de meios razoáveis, se tais riscos poderiam realmente se materializar. Todavia, é forçoso reconhecer a extrema dificuldade em aferir a capacidade subjetiva individual de suspeitar de elementos de tipo em casos concretos,

1445 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 139-145. Nesse sentido: STS de 16 de outubro de 2000, Auto de 4 de julho de 2002, STS de 30 de novembro de 2006, STS de 20 de março de 2003, Auto de 22 de julho de 2002, STS de 17 de fevereiro de 2003, ATS de 2 de outubro de 2003, STS de 19 de janeiro de 2005, STS de 29 de maio de 2003, STS de 5 de novembro de 2003.

1446 SARCH Alexander F. Ob. cit., p. 1.034.

razão por que Gérson Rosa e Gisele Carvalho¹⁴⁴⁷ já propuseram a substituição de tal critério por uma lógica de capacidade concreta de ação, substituindo a figura do garante legal. De fato, é necessária a fixação de critérios objetivos para atribuição da suspeita, e quanto a isso Ingeborg Puppe¹⁴⁴⁸ sustenta que as normas de cuidado não podem se dirigir às capacidades de um cidadão individualmente considerado, pois assim não seriam normas, e extrapolariam a tipicidade. Com efeito, se mostra condenável a ideia de avaliar individualmente capacidades subjetivas, eis que é precisamente no âmbito da culpabilidade que tais incumbências se operam. Demais disso, a subjetivação renderia ensejo a certas arbitrariedades, com indisfarçável prejuízo aos direitos processuais e materiais inerentes à defesa do arguido, tal como proposto pelo garantismo penal.

Laborando sobre a mesma temática, Alberto Puppo¹⁴⁴⁹ se mostra um tanto refratário à teoria da cegueira deliberada, ao ponderar que “todos os fatos cujo conhecimento não se questiona, como a clandestinidade, a quantidade de dinheiro, etc., adquirem um significado à luz da narração completa, que, por definição, só está disponível *ex post*. O que se questiona é se dado esse conhecimento, é ou não epistemicamente plausível e moralmente aceitável, não se ter investigado sobre outros fatos”. Sob tal prisma, o foco primordial é delimitar o modo pelo qual o dever de cuidado deve ser compreendido, eis que se trata de uma espécie de fronteira entre o risco permitido e o risco proibido. Assim, destaca Pizarro de Almeida¹⁴⁵⁰ que “as fronteiras do dever de cuidado, numa qualquer sociedade, são traçadas de acordo com um projecto de eficiência. Podem, na realidade, ser mais ou menos eficientes, mas o seu objectivo é sempre o de conseguir encontrar o equilíbrio óptimo entre os custos de evitar o perigo e os custos do eventual resultado danoso, se o risco se concretizar”.

O grande obstáculo é conseguir estabelecer *standards* comportamentais relativos aos deveres de cuidado, bem como critérios sobre o que sejam riscos proibidos criados, mas Roxin¹⁴⁵¹ se lançou a esta empreitada, e para tanto ponderou que tais padrões de

1447 CARVALHO, Gisele Mendes; ROSA, Gerson Faustina. O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, parágrafo 20, do CP. In: Boletim IBCCrim n. 264, ano 22. p. 5-7.

1448 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit. p. 7.

1449 PUPPO, Alberto. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Numero XIII. “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 58.

1450 ALMEIDA, Carlota Pizarro de. O dever de cuidado como modelo de gestão do risco. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito de Lisboa, 2010.

1451 É oportuno observar que a parametrização de critério de dever de cuidado com base na lógica do homem médio poderia fazer com que pessoas com conhecimentos muito acima da média agissem conforme as expectativas normativas, fazendo com que suas capacidades de cuidado ficassem reduzidas aos deveres de cuidado impostos pelo sistema. Nesse sentido: STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Trad. Gladys Romero. Madrid: Edersa, 1982. Em sentido oposto: “é indispensável investigar o que teria sido, in

comportamento devem ser fixados segundo a lógica do homem médio. Na mesma linha de entendimento, Stratenwerth¹⁴⁵² adverte que os deveres de cuidado só podem se referir a resultados previsíveis, e quanto a estes, pondera Figueiredo Dias¹⁴⁵³ que os resultados previsíveis são objetivos e imutáveis. Por isso, deveres de cuidado seriam exigências de comportamento (sempre expectativas uniformes) que o Direito requer em situação concreta, nos parâmetros do homem médio, frente a uma expectativa mínima de prognose de perigo. Ainda sobre o tema, Cezar Bitencourt¹⁴⁵⁴ destaca que um dos principais problemas consiste no fato de que a doutrina só percebe os deveres de cuidado como algo inerente à lógica dos tipos penais culposos, e que em decorrência disso, a imposição de figura dolosa traduza uma sensação de amarga injustiça.

Buscando densificar o liame entre o estado de cegueira deliberada e os deveres de cuidado que apontam para uma obrigação de buscar a informação ignorada, Ragués i Vallès¹⁴⁵⁵ argumenta que “a concorrência de um dever de conhecer é algo irrenunciável, pelo menos em sistemas nos quais vige o princípio da culpabilidade, para considerar alguém responsável por um determinado estado de ignorância. Em outras palavras, uma pessoa só pode ser responsável daquilo que desconhece se existe um dever de conhecer aquilo que ignorou”. Para densificar a hipótese, imagine-se um dono de uma casa noturna que permite uma dançarina erótica em seu ambiente, sem verificar previamente a identidade (e sobretudo a idade) da mesma, e depois vem a descobrir que se tratava de uma jovem menor de idade. Tem-se uma situação de violação do dever de cuidado que determina sobre entrada de menor de idade em estabelecimento de tal gênero (ECA, art. 149), e que por isso mesmo pode resultar numa imputação do crime de favorecimento à prostituição (CPB, art. 228).

Segundo Ragués i Vallès, a existência do dever de conhecer a informação disponível figura como um dos cinco componentes do estado de ignorância deliberada, e por tal motivo, ainda que haja consciência parcial sobre os elementos da infração, por parte do sujeito que ostenta os deveres de cuidado, efetivamente resta configurada a ignorância deliberada. Aliás, para evidenciar a ideia de obrigação objetiva do dever de cuidado e busca por informações disponíveis, vale invocar o caso *United States vs. Bank of New England* (1987), segundo o qual “Se se descobre que o governo provou relativamente a qualquer transação, seja que um

concreto, para o agente, o dever de cuidado” (BITENCOURT, Cesar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. Ob. cit., p. 67).

1452 STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General: el hecho punible*. Trad. Cancio Meliá e M. Sancinetti. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2005. p. 56.

1453 DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*. t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 946-947.

1454 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. Ob. cit., p. 67.

1455 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 143.

empregado dentro do escopo de seu emprego deliberadamente falhou em registrar um relatório, ou que o banco estava flagrantemente indiferente quanto às suas obrigações, então se pode dizer, que o banco deliberadamente falhou em registrar os relatórios obrigatórios”¹⁴⁵⁶. É oportuno assinalar que tal precedente jurisprudencial se deu após um quarto de século do início de vigência do MPC, que estabeleceu paradigma diverso para interpretação da *willful blindness*. Por outro lado, a mesma linha de interpretação foi adotada no caso *United States vs. Aversa* (1996), segundo o qual “O Banco da Nova Inglaterra arguiu que não estava engajado em conduta deliberada por não ter violado um dever legal conhecido. Nós rejeitamos a alegação porque evidências revelaram que o desconhecimento declarado do banco acerca dos requisitos de relatórios que se aplicavam às transações era produto de cegueira deliberada por parte do banco”¹⁴⁵⁷.

4.3.2 Princípio de alta probabilidade

Mediante um exame analítico dos estados de *recklessness*, *negligence* e *strict liability* é perceptível que ostentam um traço em comum, qual seja a ausência de vontade ostensiva e o reduzido conhecimento sobre os elementos do tipo penal. Por outro lado, os estados de *knowledge* e *purpose* são próprios de agentes que atuam com vontade e conhecimento, em comportamentos penalmente típicos. Nesse cenário, cabe indagar se o conhecimento realmente figura com pressuposto obrigatório da intenção (vontade), ou se existe alguma possibilidade de alguém se recusar deliberadamente a saber mais sobre elementos do tipo, precisamente para tirar vantagem deste conhecimento limitado. Ao que parece, a Seção 2.02(7) do MPC se propôs a suprir tal lacuna, e para tanto assinalou que o requisito de conhecimento poderia ser satisfeito por conhecimento da alta probabilidade, segundo o qual o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de um crime (elemento do tipo), e tal conhecimento é determinado se uma pessoa tem consciência da alta probabilidade de sua existência, exceto se ele realmente acredita que ele não existe¹⁴⁵⁸. Assim, a partir da adoção

1456 “If you find that the Government has proved with respect to any transaction either that an employee within the scope of his employment willfully failed to file a required report or that the bank was flagrantly indifferent to its obligations, then you may find that the bank has willfully failed to file the required reports”. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-bank-of-new-england-n-a>. Acesso em: 26.02.2023.

1457 “The (Bank of New England) argued that it had not engaged in willful conduct because it had not violated a known legal duty. We rejected the claim because evidence revealed that the bank's stated ignorance of the reporting requirements that applied to transactions was the product of willful blindness on the part of the bank”. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1413845.html>. Acesso em: 26.02.2023.

1458 Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high

dos padrões estipulados pelo MPC em vários estados norte-americanos, os juízes passaram a dispor de um instrumento legal para presumir que, em dadas situações concretas, o agente tinha conhecimento de elementos do tipo penal, e isso favorecia a melhor delimitação do estado anímico que o impulsionara a agir, contudo, as interpretações realizadas permanecem limitadas pelo texto legal¹⁴⁵⁹. Em todo caso, remanesce certa crítica doutrinária quanto à equiparação da ignorância deliberada ao conhecimento efetivo, a qual evidencia uma clara decisão de política criminal estatal, e não necessariamente uma interpretação sobre os limites da imputação subjetiva.

Segundo Assaf Hadami¹⁴⁶⁰, a *willful blindness* consiste na resposta a uma tendência observada nos sistemas penais anglo-americanos em aceitar a responsabilidade penal objetiva, ou de criar alternativas nesse sentido. Isso seria decorrência de um raciocínio econômico-utilitarista, inspirado nas concepções de Bentham, sobre os custos do conhecimento e da ignorância, refletindo sobre o fato de que, partindo do pressuposto de que os agentes sociais são racionais, a figura da *mens rea* se mostraria duplamente danosa, isto porque: a) impõe ao Estado o ônus de provar a presença do conhecimento acima da dúvida razoável, isto para romper com segurança a presunção de inocência, e tal encargo probatório nem sempre se mostra simples; b) a opção pela ignorância é normalmente mais vantajosa ao agente¹⁴⁶¹, sobretudo porque em contextos de *mens rea* pura (ausente a cegueira deliberada), a existência de conhecimento e a consciência de risco geram responsabilidade criminal. Precisamente por isso, a sistemática do elemento subjetivo induz o agente a buscar o estado de ignorância, como uma espécie de cobertura, em caso de apuração de responsabilidade criminal, e em paralelo, a ele propicia vantagens econômicas¹⁴⁶².

probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist. Disponível em: <https://opencasebook.org/casebooks/3553-balloberman-crim-law-casebook/resources/4.3-model-penal-code-on-intent-202-203/>. Acesso em 26.02.2023.

1459 “The spirit of the doctrine which denies to the federal judiciary power to create crimes forthrightly admonishes that we should not en dans the reach of enacted crimes by constituting them from anything less than those statute”. *Morissette vs. United States*, 342 U.S. 246, 263 (1952). Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-morissette-v-united-states>. Acesso em 26.02.2023.

1460 HAMDAMI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/415.pdf>. Acesso em: 26.02.2023.

1461 O autor cita o exemplo do delito de venda de bebida alcoólica para menores de 18 anos. Destaca que o vendedor só terá desvantagens ao questionar o comprador sobre sua idade porque perde tempo e perde o lucro, caso confirme a suspeita de que o cliente é menor de idade.

1462 Sustentando a mesma ideia, Jakobs assinala a premiação do não saber preconizando que “a melhor maneira de escapar à punição seria simplesmente nada saber” (JAKOBS, Gunther. *Täturvorstellung und objektive Zurechnung*. In: DORNSEIFER et al (org.). *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Cad Heymanns, Köln, 1989. p. 271 e ss. *apud* GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 132-133.

A título de exemplo, imagine-se que um vendedor de fogos de artifício seja demandado a vender seus produtos a um potencial comprador¹⁴⁶³. Caso a pessoa aparente ser menor de dezoito anos a venda estará comprometida, e naturalmente inexistirá a obtenção do lucro almejado por todo aquele que realiza atividade mercantil. Por outro lado, se o vendedor suspeitar da menoridade do pretense comprador, mas nada indagar sobre a idade do mesmo, em princípio estará protegido pelo manto do desconhecimento acerca daquela condição proibitiva e, portanto, de determinado elemento do tipo penal. Noutro giro, se o vendedor se dispuser a conferir a idade do pretense comprador, e vier a confirmar sua suspeita de que se trata de alguém menor de idade, terá diante de si duas possibilidades; a) estará legalmente obrigado a recusar a venda, b) realizará a venda sabendo dos riscos de ser penalmente responsabilizado. Ante tal contexto fático, e impulsionado pela vontade de obter o almejado lucro, o vendedor se vê estimulado a criar métodos de desconhecimento de elemento do tipo (menoridade do pretense adquirente), eis que assim conseguirá auferir maior vantagem social¹⁴⁶⁴. Naturalmente, uma situação de venda ao vivo deixa o vendedor em situação de desvantagens, eis que a percepção do homem médio movido por senso de fidelidade à lei, adotaria a natural diligência de se certificar sobre a idade do pretense comprador de seu produto, uma vez confirmada a suspeita de menoridade só haveria duas alternativas: a) negar a venda e perder o lucro, b) realizar a venda e cometer um crime doloso, ensejando a responsabilização penal. A partir de um exemplo tão prosaico resta fácil perceber que conhecimento e vontade são vasos comunicantes, e que a vontade (do lucro fácil) normalmente induz a situação de ignorância deliberada.

Em cenários tais como esse, Hadami¹⁴⁶⁵ propõe que a melhor alternativa poderia ser a retirada do elemento subjetivo e a fixação de uma responsabilidade penal objetivada. Assim, caso adotada a proposta, o texto da lei penal tomada como exemplo (“vender produto proibido

1463 BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90): art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de: (...) IV. fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; art. 244. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar de qualquer forma, a criança ou adolescente fogos de estampido ou de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, seja indevida. Pena: detenção de seis meses a dois anos, e multa.

1464 Em sentido similar, Kai Ambos invoca a ideia do direito fundamental ao trabalho, *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através das ações neutras. Ob. cit., p. 126. O jurista brasileiro, contudo, objeta o argumento de Ambos, eis que se mostra indefensável um direito à atividade delinquente. Na mesma linha de pensamento, Ingeborg Puppe se posiciona sobre as teorias de atitude interna, por premiar atitudes que não merecem recompensa, e por castigar atitudes que não merecem reprovação.

1465 O jurista sugere que alternativas à responsabilidade seriam a cegueira deliberada, a negligência criminal, as lógicas dos deveres de cuidado, e ainda as regulamentações diretas, tais como instrumentos de controle administrativo e normas de *compliances*. (HAMDAMI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/415.pdf>. Acesso em: 26.02.2023).

para alguém que sabe ser menor de 18 anos”) excluía o dolo normativo, passando a espocar só o elemento objetivo do tipo (“vender produto proibido para alguém que tenha menos de 18 anos”). Caso fosse acolhida tal proposta, o vendedor se veria compelido a buscar o conhecimento disponível, pois o estado de ignorância deliberada teria um custo penal excessivo. Todavia, o jurista admite que tal estratégia poderia desfigurar um direito penal subjetivo, embora reconheça igualmente que os expedientes próprios da *willful blindness* sejam frequentemente utilizados nos sistemas penais, razão por que sugere que o estado de cegueira deliberada seja incorporado como tipo subjetivo alternativo, eis que assim, a aferição do conhecimento do agente acerca do elemento cognitivo do tipo poderia ser satisfeito pela prova de mera suspeita de circunstâncias fáticas incriminantes da conduta. Nesse caso, o agente se sentiria compelido a suplantar a situação de ignorância, nos casos concretos, pois, do contrário, seria suficiente que os órgãos de persecução penal provassem nos tribunais que havia certo grau de suspeita possível, e elevada probabilidade de que tal suspeita mal investigada desaguaria em circunstância relevante à consecução de um delito, e por certo isso importaria em impacto útil à lógica do ônus probatório da acusação¹⁴⁶⁶.

É forçoso reconhecer, entretanto, que quanto mais distantes entre si estiverem a ação e seu resultado lesivo ao bem jurídico, mas frágil será o juízo axiológico sobre a situação de elevada probabilidade. Nesse cenário, a “lógica do mercado” sugere a adoção de mecanismos de cegueira deliberada para favorecer as vendas, e afastar os riscos de incriminação. Exemplificativamente, o comércio eletrônico tem adotado a prática de se valer de termos de uso claros para advertir ao cliente internauta que é proibida a aquisição de determinada mercadoria por menores de idade. Assim, o vendedor busca se isentar de conhecimento, mediante a transferência de responsabilidade aos que controlam o dispositivo eletrônico que permite o acesso à internet, e que são legalmente responsáveis pelo menor. E para além disso, a realização da mercancia a uma distância estratégica rompe a possibilidade de imputação subjetiva, eis que o contato entre comprador e vendedor se torna muito remoto, e a consumação da venda exige grande quantidade de variáveis, de molde a permitir que a situação de cegueira deliberada se torne impune na quase totalidade das situações.

1466 Guilherme de Souza Nucci, ao tratar do indiciamento de usuários, como traficantes de estupefacientes, já propôs a inversão do ônus da prova, a fim de que os arguidos tivessem a obrigação de demonstrar serem meros usuários. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-14/entrevista-guilherme-souza-nucci-juiz-substituto-tj-sao-paulo>. Acesso em: 26.02.2023. No sentido de que a questão do dolo reside na *questio* da prova do dolo: FREUND, Georg. *Normative Probleme der Tatsachenfeststellung*. Heidelberg: Müller, 1987. In: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ob. cit., p. 607-623.

É necessário reconhecer que, se de um lado o MPC agregou o princípio de alta probabilidade como um azimute para a interpretação do estado de cegueira deliberada, por outro lado o Poder Judiciário norte-americano tem recorrido com alguma frequência ao instituto do “dever de cuidado”, o qual se encontra muito mais consolidado na cultura jurídica do sistema criminal estadunidense. Com efeito, é provável que tal inclinação da jurisprudência decorra do fato de que as bases fundamentadoras da teoria da cegueira deliberada tomam como premissa um comportamento irresponsável do agente, a qual se torna punível como uma conduta mal dirigida, que passa a ser trajada como algo semelhante ao dolo indireto, ou dolo de segundo grau. Aliás, a jurisprudência espanhola assinala precedentes variados que identificam a cegueira deliberada ao elemento subjetivo do dolo, mas não raro as razões de decidir traduzem aquele estado anímico como uma forma de culpa. Nesse sentido, Ragués i Vallès invoca acórdão do Tribunal Supremo da Espanha, no bojo do qual aquela Corte assinalou que “nos tipos previstos em nosso código incorre em responsabilidade, inclusive quem atua com ignorância deliberada (*willful blindness*), respondendo, em alguns casos, a título de dolo eventual, e em outros a título de culpa (...) Existe um dever de conhecer que impede de fechar os olhos ante a circunstâncias suspeitas”¹⁴⁶⁷. O jurista barcelonês alude igualmente a certo trecho da sentença emanada da audiência provincial de Madrid, segundo o qual “(...) quem se põe em situação de ignorância deliberada, sem querer saber aquilo que pode e deve saber, está assumindo e aceitando todas as consequências do ilícito negócio em que voluntariamente participa”¹⁴⁶⁸.

Num cenário de aparente claudicância jurisprudencial, algumas perguntas se impõem: a) que parâmetro deve ser adotado para aferir o que seria uma situação de alta probabilidade, tal como proposta pelo MPC? b) relativamente aos julgados espanhóis, qual a origem do dever de cuidado? c) como pode ser imposto o dever de cuidado? d) o aludido dever de cuidado pode ser objeto de aferição individual? e) sendo possível tal aferição individual, ela deve se dar com arrimo nas expectativas de conduta do homem médio, ou a partir de atribuições normativas fixadas pelo juiz da causa?

Tais questões induzem a uma reflexão diante de duas hipóteses, vale dizer, ou estamos perante uma tendência de expansão do conceito de dolo, ou estamos diante de uma nova

1467 “En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual e en otros a título de culpa (...) Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas” (RAGUES I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 333).

1468 “(...) quien se pone en situación de ignorancia deliberada, sin querer saber aquello que puede e debe saber está asumiendo y aceptando todas las consecuencias del ilícito negocio en el que voluntariamente participa” (RAGUES I VALLES, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 334).

hipótese de imputação subjetiva. Contudo, qualquer que seja a hipótese prevalente, é prudente que os sistemas jurídicos (sejam eles de inspiração romano-germânica ou anglo-americana) cuidem em dogmatizar as circunstâncias de inferência do estado de cegueira deliberada, especialmente porque em ambos os casos há limites pouco claros entre os tipos subjetivos, e isso pode conduzir o órgão julgador a adotar uma interpretação um tanto discricionária. Aliás, acerca de tais riscos de discricionariedade judicial, Michael Moore¹⁴⁶⁹, afirma que o nível de detalhes que um juiz insere em sua sentença, acerca do fato (análise *ex post*), torna uma condenação criminal mais ou menos legítima.

Em todo caso, a dúvida acerca do limite entre a negligência na obtenção de informações e a deliberada ausência de informações rende ensejo aos dois espectros subjetivos que devem ser avaliados, tanto à luz do dever de cuidado, quanto à luz do princípio da alta probabilidade. Assim, examinada a questão sob qualquer dos prismas, parece ter ocorrido uma extensão do conceito de conhecimento a partir da ideia de abstenção ou negligência em alcançar um conhecimento que estava disponível ao sujeito, de modo que parece inegável que a abstenção proposital em alcançar o conhecimento sobre circunstâncias do tipo objetivo passou a merecer a mesma resposta punível do conhecimento verdadeiro¹⁴⁷⁰.

É oportuno destacar que o estado de ignorância deliberada comporta dois momentos fáticos diferentes. Com efeito, tanto na figura da cegueira deliberada em sentido estrito, quanto na figura da ignorância deliberada, se observa um primeiro momento, no qual o agente intervém, comissiva ou omissivamente, mas há igualmente um momento posterior, no qual o resultado é atingido involuntariamente. No momento inicial, o sujeito atua com a intenção de tentar se resguardar de eventuais consequências futuras e incertas, ao passo que no momento subsequente, quando o resultado ilícito e indesejado se concretizou, o agente sustenta ter agido sem conhecer plenamente os elementos do tipo. Portanto, numa primeira etapa da conduta o sujeito claudica propositalmente em relação ao seu ônus cognitivo, e na segunda etapa, como efeito derivado de sua ignorância, o sujeito gera ou participa de um resultado reprovável¹⁴⁷¹. É igualmente certo que o lapso temporal entre as duas etapas pode ser muito estreito (por exemplo, a decisão do vendedor de não perguntar se o pretendo consumidor tem

1469 MOORE, Michael S. Foreseeing Harm Opaquely in Placing Blame: A theory of the Criminal Law. In: Oxford Scholarship Online, Sep. 2010. Disponível em: <https://experts.illinois.edu/en/publications/placing-blame-a-theory-of-the-criminal-law/fingerprints/>. Acesso em 26.02.2023.

1470 Situação compreendida no âmbito da doutrina norte-americana como “*equal culpability thesis*”, segundo as lições de Husak e Callender (SARCH, Alexander F. *Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law*. In: St. John's Law Review. v. 88. n. 4, out. 2015. p. 1040.

1471 SMITH, Holly. Culpable ignorance. In: Philosophical Review XCII. n. 4, oct. 1983. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2184880>. Acesso em: 27.02.2023.

mais de dezoito anos, e a subsequente venda da bebida), ou significativamente longo (por exemplo, a ausência de comunicação do tempo de descanso de motoristas ao empregador, que pode se protrair por anos, até que um desses motoristas fatigados se envolve num sinistro e causa a morte de terceiros, além de danos materiais significativos). Destarte, se inexistisse o segundo momento da cegueira deliberada o crime jamais seria revelado, e a relação causal entre a conduta e o resultado lesivo permaneceria oculta.

Para Holly Smith, a primeira etapa corresponde ao “*benighting act*” (ato de obscurecimento) ou “*screening act*” (ato de triagem), e a segunda etapa seria o “*unwitting wrongful act*” (ato injusto involuntário)¹⁴⁷². Pondera ainda a jurista que “o abandono mental e o comportamental são separáveis: o agente poderia fazer a inferência errada, mas, ainda realizar o ato adequadamente, ou fazer a inferência certa, mas realizar o ato errado. Frequentemente, o ato de obscurecimento será uma omissão (...)”¹⁴⁷³. Nessa ordem de ideias, a punibilidade eventualmente incidente sobre o autor do ato inicial (*benighting act*) ensejaria a criação e punição de delitos de perigo abstrato, sob pretexto de geração de deveres de vigilância e permitiria a ocorrência de Estados controladores e paternalistas, em graus máximo, que puniriam atos não necessariamente criadores ou aumentadores de riscos.

Luís Greco compartilha o entendimento sobre a ocorrência de dois momentos, mas pontua que o segundo momento não seja fundamental, ainda que revelador do estado de cegueira deliberada. Adverte o jurista e catedrático da Universidade de Humboldt que “na maioria dos casos, ainda assim, será possível identificar um comportamento prévio, em que esse conhecimento mínimo estava presente e em que se tomou a decisão em favor da ignorância. Quando isso ocorre, por regra, esse comportamento anterior e não o comportamento imediatamente causante da realização do tipo é o comportamento transgressor da norma”¹⁴⁷⁴. Em síntese, segundo as concepções de Greco, o estado de cegueira deliberada:

1472 SMITH, Holly. Ob. cit., p. 547.

1473 “Nonetheless the mental dereliction and the behavioral one are separable: the agent could make the wrong inference but still perform the right act, or make the right inference but perform the wrong ad. Frequently the benighting “act” will be an omission (...)” (SMITH, Holly. Ob. cit., p.547).

1474 “En la mayoría de los casos, sin embargo, será posible identificar un comportamiento previo, en que ese conocimiento mínimo estaba presente y en que se tomó la decisión a favor de la ignorancia. Cuando esto ocurre, por regla será ese comportamiento anterior, y no el comportamiento inmediatamente causante de la realización del tipo, el comportamiento transgresor de la norma” (GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Numero XIII. “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 69). Greco sustenta a irrelevância do ato secundário na teoria, e nesse sentido argumenta que se o que interessa é o conteúdo significativo do direito, atos praticados em plena luz do dia apresentariam maior conteúdo de injusto do que atos praticados em segredo. O chamado ‘crime perfeito’, que ninguém descobre, nem sequer existiria. Revelar um delito seria mais grave do que cometê-lo. A razão pela qual o direito proíbe e castiga comportamentos não pode estar, pois, no que esses comunicam a respeito da vigência de uma norma, e sim o perigo que esses comportamentos representam para a subsistência de um bem.

a) ostenta dois momentos distintos, b) o segundo momento é imprescindível para revelação da primeira conduta, c) o segundo momento não justifica necessariamente a punição do agente, ainda que revele sua conduta reprovável. Todavia, Greco opõe sua crítica quanto à construção partida da teoria em exame, isto porque ostentaria certos riscos em sua lógica interna. Argumenta que rotular como aprioristicamente dolosa a conduta do agente no momento de obscurecimento atrai uma reprovabilidade demasiado ampla, pois sua atitude, potencialmente, poderia gerar o cometimento de diversas condutas. Exemplifica seu pensamento argumentando que o cidadão que desidiosamente deixasse de verificar o conteúdo de uma mala a ser por si transportada estaria potencialmente em situação de diversos crimes, tais como: a) tráfico de drogas, b) tráfico de armas de fogo ou acessórios, c) receptação, d) tráfico de animais silvestres, e) tráfico de órgãos humanos, dentre outros. Diante de tal cenário hipotético, pondera que, tão logo a polícia federal verificasse que o conteúdo da mala fosse de drogas, o sujeito responderia por tráfico internacional de drogas, mas também, por tentativa, de todos os outros delitos que apenas não se realizaram por circunstâncias diversas de sua vontade, razão por que sugere apenas a punição pela primeira fase¹⁴⁷⁵.

Data maxima venia, o argumento de Greco não parece convincente, pois o que distingue crimes tentados e consumados é apenas o alcance da última fase, isto é, a consumação. Portanto, para que ocorra um crime tentado é preciso que existam a cogitação, a preparação e a execução. Por consequência, o sujeito que deliberadamente aceita transportar uma mala, a pedido (e mediante remuneração proposta por terceiro) pode até cogitar que no interior da mala existam drogas, ou armas, ou órgãos humanos, ou animais silvestres, mas se a apreensão e vistoria do conteúdo da mala evidenciam tão somente a presença de drogas, resta claro que inexistiu preparação ou execução de todos os demais delitos cogitados pelo eminente catedrático da Universidade Humboldt. Na verdade, é necessário dizer que os demais crimes cogitados no exemplo proposto são crimes impossíveis, pois armas, órgãos humanos ou animais silvestres não se materializam sozinhos dentro de uma mala.

Finalmente, refletindo sobre a cegueira deliberada aplicada a situações de branqueamento de ativos ilícitos, Alberto Puppo assinala que “se, obviamente, o dinheiro houvera sido limpo ou se, como se passa em muitos casos, as autoridades não houvessem se inteirado ou não tiverem podido, portanto, deter os responsáveis presumidos, obviamente a

1475 “Imagínese que, al final, nunca se dirigiéramos una comunicación oficial a los empleados que recibieron la orden de jamás tomar conocimiento de ella; o que nunca se escribiese un email a la cueta que fue instituída para nunca ser abierta. Si realmente se toma en serio que la ignorancia deliberada equivale al dolo, el emisor de la orden, o quien creó la cuenta de email tendría, aún así, que ser castigado por la tentativa” (GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Numero XIII. “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Cordoba: EdiUNS, 2015. p. 74).

questão da ignorância deliberada não teria adquirido relevância alguma”¹⁴⁷⁶. E uma vez postas tais considerações sobre o tema, é oportuno examinar sob que óticas a *willful blindness* tem sido acolhida nos tribunais norte-americanos, espanhóis e brasileiros, para cotejar o alcance de tais precedentes com a proposta de Puppe sobre o emprego do “dolo normativo”.

4.3.3 Dolo normativo como alternativa

Inobstante a doutrina demonstre certa predileção pelas construções teóricas do “dever de cuidado” e do “princípio de alta probabilidade”, é necessário examinar a terceira via proposta por Günther Jakobs e Ingeborg Puppe, por levarem em conta toda a problemática que gravita em torno do problema de conhecimento do agente. Com vistas a uma melhor compreensão da ideia do “dolo normativo” como resposta à questão ao desconhecimento dos elementos do tipo, se faz prudente um revistar prévio acerca da diferença entre elementos subjetivos. Adverte Puppe que, durante muito tempo, dolo e culpa em sentido estrito foram percebidos como conceitos opostos, e reciprocamente excludentes. Além disso, pondera que tal ideia permaneceu viva, mesmo quando a doutrina concluiu que ambas as imputações pressupunham causalidade, criação e realização de um risco não permitido¹⁴⁷⁷. Destarte, a migração dogmática do finalismo para um funcionalismo direcionado à imputação objetiva, tendo o risco como premissa basilar de tal concepção, seria necessário superar a ideia de antagonismo entre dolo e culpa, pois a eliminação dessa premissa permitiria a natural conclusão de que o dolo nada mais é do que um caso especial de culpa, eis que em ambas as figuras o desvalor da ação recai na criação de riscos não tolerados, e isto se verifica tanto no dolo, quanto na violação de um dever de cuidado.

Nessa ordem de ideias, dolo e imputação dolosa se relacionam com a culpa e a imputação culposa, não como um *aliud*, mas como um *plus*¹⁴⁷⁸. Por consequência, o dolo seria uma violação de um dever de cuidado acrescida do elemento volitivo, ao passo que a culpa em sentido estrito representaria simplesmente uma violação do dever de cuidado, destituída de interesse em alcançar um resultado determinado, e com isso restariam afastados da teoria da vontade os conceitos de “querido” e “não querido”. Além disso, Puppe admite que há um terceiro elemento subjetivo do tipo denominado “*leichtfertigkeit*”, que se refere a uma forma de imputação intermediária entre a culpa e o dolo, e que consistiria num “comportamento

1476 PUPPO, Alberto. Ob. cit., p. 58.

1477 PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. São Paulo: Manole, 2004. p. 9.

1478 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 10.

arriscado” ou “comportamento irresponsável” (aparentemente bem semelhante à concepção da *recklessness*). Acerca desse estado anímico intermediário, Puppe argumenta que “essa forma de imputação dispensaria o requisito da previsibilidade do resultado típico, mas não o da violação do dever de cuidado nem o do nexo de imputação entre ação típica (...) e suas consequências”¹⁴⁷⁹. Aduz ainda que esse instituto da “culpa grave” se aplica especialmente aos crimes qualificados pelo resultado, e que exigem uma forma qualificada de imputação para justificar penas consideravelmente mais severas do que aquelas cominadas pelo cometimento do fato com culpa simples. Daí porque, nas hipóteses de cegueira deliberada, restaria afastada uma imputação por culpa simples, ante a maior reprovabilidade da conduta do agente, que gerou um resultado lesivo e que foi descoberto pelas autoridades de investigação ou de persecução penal.

Puppe alude ao instituto da “*Tatsachennblindheit*” ou “cegueira diante dos fatos”, o qual estaria cristalizado nos casos em que os dados circunspectos ao fato não são conhecidos pelo autor, por sua total indiferença em relação ao bem jurídico¹⁴⁸⁰, mas adverte que é pressuposto que o autor conheça a possibilidade de produzir lesão a um bem jurídico, por meio de sua conduta, e os pressupostos fáticos do risco não admitido por si criado¹⁴⁸¹. Pondera, entretanto, que esse estado anímico não se confunde com o dolo direto, eis que “se submetermos o perigo que fundamenta o dolo e a consciência do perigo às severas exigências que se mostram necessárias, praticamente deixarão de ser possíveis tais casos de cegueira diante dos fatos”¹⁴⁸². Assevera ainda que o uso de estratégias psíquicas para tornar mais fácil a decisão no sentido de um injusto não diminuiria o injusto subjetivo, eis que a identificação e criação de barreira ao conhecimento revela que o perigo reconhecido pelo autor era mais controlável, e igualmente maior o desprezo pela integridade do bem jurídico alheio não

1479 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 15.

1480 A jurista desconsidera a situação da cegueira deliberada propriamente dita e a ignorância deliberada causada por uma inércia de investigação de suspeita, mas restringe a figura aos casos de desconhecimento como indiferença. Agrega ainda o conceito de bem jurídico, inexistente na cultura anglo-saxã, que o substitui pelo *Harm Principle* ou princípio da ofensividade.

1481 Nesse caso a jurista se limita ao caso de ignorância deliberada apenas. No mesmo sentido, Maria Laura Manrique, invocando as lições de Jakobs, pondera que “*obligan a responder de forma injustificadamente benigna ante ciertos supuestos de desconocimiento, concretamente los que denomina casos de 'imprudencia dirigida a un fin' o 'ceguera ante los hechos. Estas consecuencias son injustas porque favorecen a quien desconoce cierto tipo de cosas (los hechos) y perjudican a otras (quienes desconocen la existencia de ciertas normas). A su vez, esto puede tener el efecto de premiar a quien desconoce por indiferente y castigar a quien conoce por concienzudo y precavido*” (MANRIQUE, Maria Laura. *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Numero XIII. “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 84).

1482 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p.10.

levado a sério¹⁴⁸³. Dando sequência a seu raciocínio, a jurista de Bonn argumenta que a teoria da vontade falharia miseravelmente ao colocar nas mãos do delinquente a decisão por estratégias psíquicas. Aliás, quanto ao ponto, Welzel reflete que “dado que a finalidade se baseia na capacidade de vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção, no curso causal e de dirigir esta, por conseguinte, conforme um plano à consecução de um fim, a espinha dorsal da ação final é a vontade consciente do fim, reitora do acontecer causal. Esse é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalmente; sem ela (vontade) ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego”¹⁴⁸⁴.

O que se percebe na proposta de Puppe é a preocupação quanto a uma correta gradação do elemento volitivo percebido na conduta do agente, para que um “comportamento irresponsável” não seja reprovado com a mesma intensidade do dolo¹⁴⁸⁵. Por isso, sustenta que a criação consciente de um perigo deve servir como ponto de partida para que se possa aferir o grau de reprovabilidade de uma conduta, apesar da vontade final. Argumenta ainda que o debate sobre a distinção entre dolo e culpa poderia ser superado mediante a adoção de um conceito de perigo, fracionável em criação de perigo doloso e criação de perigo culposos, pois “não interessa se o autor levou a sério um perigo conhecido, o que interessa é se ele conhece um perigo que deveria ter levado a sério. E os critérios com base nos quais se deve valorar se o perigo é ou não levado a sério não são entregues à disposição do autor, mas sim são determinados normativamente, como critérios objetivos”¹⁴⁸⁶.

Daí resulta perceptível que, segundo a ótica da jurista de Bonn não se deve perquirir se o agente confiou na inocorrência do resultado lesivo, pois isso exigiria uma extração de elemento psíquico interno, razão por que se mostra necessário recorrer a uma confiança objetiva, vale dizer, deve ser estipulado um padrão de confiabilidade fixado pela norma jurídica, uma lógica imputativa que busca um sentido normativo, em detrimento de um sentido psicológico. Naturalmente que tal proposta desafia a fórmula de Frank, reputando-a superada¹⁴⁸⁷, eis que o dado “resultado” seria fictício e a ideia de aprovação interior seria

1483 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p.56. No mesmo sentido: “Mais culpado é aquele que não cuidou de olhar o caminho diante de si, em cotejo com aquele que teve esse cuidado, mas, credulamente, se persuadiu de que o obstáculo se afastaria a tempo” (Koller *apud*. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v. 1. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 203).

1484 WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Ob. cit., p. 42.

1485 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 11.

1486 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 79-80.

1487 Tratamos da fórmula de Frank acerca do dolo eventual, referida por Cirilo de Vargas: É comum dizer, na esteira da primeira “fórmula de Frank”, que se o agente atuou com indiferença (“dê no que der; aconteça o que

indemonstrável por métodos empíricos, e a partir de incalculabilidade da distinção de dolo em culpa ter-se-ia por efeito a manipulação dos conceitos. Puppe reconhece que a busca pela vontade ou pela consciência, enquanto fatores internos do agente, é meramente ilusória, como se pode perceber a partir dos debates sobre dolo de segundo grau e dolo eventual, segundo os quais se pode creditar a atitude do agente, em tais casos, como indiferença, mas não como vontade condicionada.

Nessa ordem de ideias, sempre que o agente tenha adotado conduta por força da qual não possa se esquivar de responsabilidade, ainda que não tenha ostensivamente buscado o resultado lesivo, este será reputado “querido”, razão por que tal predicado deve ser compreendido num sentido atributivo-normativo. Portanto, o comportamento do agente poderia a ele ser imputado se o perigo por si criado for suficientemente idôneo para ocasionar um resultado juridicamente desaprovado, o que atrai o conceito de potencialidade lesiva do método ou estratégia adotada pelo agente. Com isso, fica rejeitada a ideia de uma razão empírica individual, para em seu lugar incidir uma razão hipotética genérica.

Puppe sustenta que, quanto mais fatores integrantes do risco estiverem agregados, mais lógico será qualificá-lo como um risco doloso, pouco importando que o agente realize valoração individual sobre o perigo em si, bastando que conheça sua existência. É certo que alguns critérios de conhecimento de existência de perigo poderiam ser atribuídos a partir de comportamentos, mas a jurista de Bonn pondera que, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, apenas pode haver delito doloso em situações nas quais o autor conhece as características do curso causal, mas isso pode sugerir a ideia de uma presunção de conhecimento, a qual é repudiada por Puppe, sob o argumento de que não se trata de uma presunção de conhecimento, mas da negação da competência de alguém decidir de modo irrecorrível sobre a relevância de um risco conhecido. E adotando a mesma trilha de pensamento, Roxin assinala ser possível objetivar a vontade¹⁴⁸⁸ concreta de um sujeito, se este decidiu ou não a favor de uma lesão de bem jurídico e tal decisão é aferida nos denominados

acontecer, eu ajo”), milita ele na esfera do dolo eventual. Se, ao revés, age “na esperança” de que o resultado ilícito não sobrevenha, não ultrapassou a fronteira da culpa consciente. Na prática dos tribunais, a valoração de uma ou outra conduta, para efeito de responsabilidade penal e mensuração da pena, o assunto é tormentoso. E o grande problema que se apresenta diz respeito à qualidade e à quantidade de pena atribuível, conforme se trate de dolo ou de culpa. E se adverte: o decurso do tempo não é apto nem generoso no aparecimento de critérios originais e diferenciadores entre as duas formas de culpabilidade” (VARGAS, José Cirilo de. Dolo eventual e culpa consciente. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n. 55. Belo Horizonte, jul./dez.2009. p. 93-102. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/104-Texto%20do%20Artigo-191-1-10-20120525.pdf>. Acesso em: 26.02.2023).

1488 Roxin sustenta um “normativismo volitivo”, que leva em consideração todas as circunstâncias do caso, enquanto PUPPE defende um “normativismo cognitivo” e limitado.

atos concludentes manifestados (dirigidamente, indiferente ou não) contra o valor protegido¹⁴⁸⁹. Assim, o desconhecimento dos elementos do tipo representaria inútil estratégia em certas ocasiões, posto que determinadas condutas ensejariam cargas cognitivas de risco inegáveis, notadamente à luz do padrão comportamental de prudência do homem médio.

Günther Jakobs também se acosta à mesma ideia, e aponta o desconhecimento dos fatos como sendo uma resposta possível apenas quando houver um instituto externo ao indivíduo¹⁴⁹⁰ e, portanto, os casos de cegueira apenas poderiam ser rejeitados se o agente estivesse com sua capacidade de cognição perturbada ou comprometida. Todavia, rejeita a ideia da alta probabilidade¹⁴⁹¹, pois a compreende com o mesmo matiz de uma assunção aprovadora do risco, no sentido de que é insuficiente um conceito de indiferença no sentido normativo. Por isso, compreende como fórmula falida a ideia de que a ausência de abstenção do agir em situações de significativo perigo de provocação de resultado lesivo. Aliás, em reforço argumentativo, o jusfilósofo alemão destaca que em recentes acórdãos, o *Bundesgerichtshof* (BGH), proclamou que o conhecimento da elevada probabilidade de ocorrência de um resultado não rende ensejo a uma assunção aprovadora do risco, em sentido jurídico¹⁴⁹², não representando, pois, sentido jurídico algum, e propondo ser uma fórmula mágica geradora de uma ilimitada manipulabilidade da distinção entre dolo e culpa, além de ser geratriz de ampla insegurança jurídica quanto ao tema¹⁴⁹³. Jakobs admite ainda que o problema relativo à conceituação do dolo passou a ser percebido como um problema referente à prova do dolo, razão por que sugere um retorno à teoria da probabilidade, a fim de que a relevância do conhecimento sobre uma situação de perigo saia da mente do agente, para o âmbito do direito penal, tudo com vistas a evitar que a presunção de algo não sabido seja reputado sabido.

Conclusivamente, se observa que o princípio da probabilidade diz respeito à possibilidade estatística de que o *modus operandi* adotado pelo sujeito seja capaz de ocasionar dano a um bem jurídico, em termos gerais. Com efeito, se alguém empunha uma arma, sem

1489 ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemein Teil*. v. 1. *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Beck. 3. ed., 1997 *apud* PEREZ BARBERA, Gabriel. *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 329.

1490 Uma heterocolocação, por exemplo.

1491 A alta probabilidade aqui não se confunde com a teoria da probabilidade. No primeiro caso, trata-se de expressão no sentido de que o agir conhecendo uma alta probabilidade equivaleria a um dolo. No segundo caso, trata-se de teoria autônoma que nega o conceito de dolo a partir da bipartição conhecimento e vontade e se concentra na lógica do perigo para o bem jurídico criado pela ação.

1492 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit, p. 39.

1493 PUPPE, Ingeborg. Ob. cit, p. 40.

saber ao certo se é uma arma de fogo ou um simulacro de *airsoft*, e decide acionar o gatilho apontando o instrumento contra o peito de alguém, tal comportamento efetivamente ostenta um perigo potencial. Naturalmente, se acolhida *de lege lata* a proposta de Puppe, compartilhada por Jakobs, restaria favorecida a identificação dos fatores integrantes do risco, a partir de critérios objetivos, e não a partir de elementos internos da psique do agente. Isso permitiria uma ponderação sobre o grau probabilístico que o autor confere à ocorrência de um resultado incerto, razão por que o injusto subjetivo seria avaliado pela própria qualidade do perigo doloso gerado. Destarte, apenas a ausência de conhecimento quanto ao curso causal afastaria um perigo doloso.

Exemplificativamente, se alguém recebesse proposta para transportar um automóvel em troca de pagamento, sem verificar previamente os compartimentos do veículo, teria conhecimento do curso causal possível a um perigo de tráfico de estupefacientes, entretanto, se o mesmo indivíduo conferisse todos os compartimentos do veículo antes de aceitar a proposta, e nada tivesse encontrado, mas, ainda assim, fosse flagrado transportando drogas do contratante dentro do assoalho do veículo, não lhe seria imputável a criação de um perigo doloso. Nesse cenário, a cegueira dos fatos (ou dos elementos do tipo), permaneceria em plano secundário, pois caberia ao ordenamento jurídico a calibragem do comportamento do agente diante da ameaça potencial a um bem jurídico protegido. Quanto ao ponto, Sauer¹⁴⁹⁴ relembra que aquilo que deve ser valorado juridicamente é a ação objetivamente perigosa, sendo o dolo a projeção do ilícito objetivo na representação, do autor.

Relativamente à cegueira deliberada propriamente dita, Puppe invoca as lições de Schroeder¹⁴⁹⁵ e Engisch¹⁴⁹⁶, ao assinalar a existência de uma zona intermediária de probabilidade de realização do tipo, cristalizada em tal situação, isto porque relativamente às consequências antijurídicas almejadas, tidas como certas ou bastante prováveis, o agente já teria se manifestado em concreto acerca de sua indiferença relativa.

1494 É de Wilhem Sauer a discussão entre as expressões “*Wahrscheinlichke-itskemntmis*” (conhecimento de algo provável) e “*Gewißheitskemntmis*” (conhecimento de algo seguro), no intuito de objetivar o debate entre o dolo direto e indireto no segundo caso e dolo eventual e imprudência, no primeiro caso (BARBERÁ, Gabriel Pérez. Ob. cit., p. 562).

1495 “Há dolo eventual se o autor tem por possível a realização do tipo e a aprova, o se a tem como provável. ou se isso lhe é completamente indiferente” (Friedrich-Christian Schroeder. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1994 *apud* BARBERÁ, Gabriel Pérez. Ob. cit., p. 565).

1496 ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlissigkeit um Strafrecht*, 1930 *apud* PUPPE, Ingeborg. Ob. cit., p. 64.

Ainda no plano da doutrina germânica, esta também é a posição adotada por Frisch¹⁴⁹⁷, sendo oportuno destacar que tais concepções influenciaram penalistas de relevo na América Latina, dentre os quais Pérez Barberá, para quem “um desconhecimento, ou uma falta de representação irracional para desafiar regularidades empíricas óbvias e/ou normas de conduta elementares desse âmbito específico de atuação (seja que isso esteja motivado em um manifesto desinteresse pelo resguardo dos bens alheios ou em qualquer outro motivo), grava intensamente ao seu autor e lhe corresponde, portanto, à forma de castigo mais grave (a dolosa) mesmo acompanhada de ameaça ou possibilidade de *poena naturalis*”¹⁴⁹⁸. Argumenta o jurista argentino que dolo, objetivamente, é uma “possibilidade privilegiada de prever o afastamento de sua conduta a respeito da norma”, e culpa é “uma possibilidade atenuada de previsão”. Aduz mais que “para afirmar que existe dolo deve-se poder sustentar que o sujeito tenha a capacidade de prever (e, portanto, evitar) facilmente o fato, ou seja, uma questão distintamente objetiva”.

Portanto, a questão da teoria da cegueira deliberada poderia ser solucionada por meio da imputação subjetiva sedimentada a partir de critérios de dolo normativo, mas para as situações de impossibilidade de aferição do dolo a partir da verificação objetiva do risco gerado, subsistiria a lógica do perigo culposos, aferível segundo a lógica dos deveres de cuidado. Em todo caso, merece atenção o alerta de Hälschner¹⁴⁹⁹, segundo o qual a imposição de um dever ilimitado de abstenção, sempre que a ação importar em risco a algum bem jurídico poderia gerar indesejáveis consequências, pois possivelmente condenaria os homens a uma inatividade absoluta.

4.3.4 Críticas dogmáticas

Feitas as considerações necessárias sobre os contornos dogmáticos da *willful blindness*, se mostra igualmente oportuno examinar as críticas mais frequentes direcionadas ao instituto da cegueira deliberada em sentido amplo, nomeadamente aquelas formuladas a partir dos

1497 Wolfgang Frisch apresenta que “também decide contra o bem jurídico quem considera o menoscabo de algo altamente indesejável, mas ainda assim não se abstém de expor o bem jurídico ao risco conhecido com toda a clareza, pois lhe resulta mais importante a consecução de sua meta” (FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Heymann. Köln, 1983. p. 57 e ss. *apud* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual-Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 474 e ss).

1498 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual-Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 139-140.

1499 HÄLSCHNER, Hugo Philipp Egmont. *Gemeines Deutsches Strafrecht*. Berlin, 1881 *apud* WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Ob. cit., p. 118.

institutos clássicos da dogmática penal continental. Precisamente por ser ainda muito recente inserção no plano dos sistemas jurídicos de inspiração romano-germânica, dentre os quais o sistema penal brasileiro, é que a cegueira deliberada não tem sido utilizada e interpretada de maneira uniforme.

Aliás, considerando que mesmo nos sistemas anglo-americanos ainda não existe pleno consenso quanto ao instituto, inobstante suas origens remontem ao final do século XIX, não seria razoável esperar que em poucos mais de 20 (vinte) anos os contornos da cegueira deliberada já estivessem bem definidos no plano da *civil law*. Em todo caso, as críticas adiante analisadas não pretendem mais do que assinalar eventuais fragilidades dogmáticas, ou dificuldades de aplicação do instituto, mas ainda provocar reflexões sobre a possível (e provável) compatibilidade da *willful blindness* com os sistemas continentais.

a) Problemática da conduta composta

Consoante restou destacado linhas atrás, a doutrina anglo-americana preconiza que o instituto da cegueira deliberada é composto por dois momentos, sendo o primeiro correspondente à conduta geratriz do desconhecimento, e o segundo referente ao resultado lesivo ao bem jurídico, que mesmo não tendo sido ostensivamente desejado pelo agente, derivou de seu pretense estado de desconhecimento anterior. Apenas para consolidar a ideia, revigore-se o exemplo da ordem ministrada ao porteiro para que jamais recebesse qualquer espécie de correspondência. Tal determinação efetivamente constitui um ato de obscurecimento, a partir do qual é possível a ocorrência de um crime de desobediência, caso a correspondência recusada seja uma notificação para que o destinatário compareça a uma audiência judicial, a fim de servir como testemunha. No mesmo sentido, o indivíduo que aceita guardar consigo um pacote ou maleta de conteúdo ignorado, e não se digna a buscar maiores informações, poderá responder pelo crime de posse ilegal de estupefacientes, caso o dito pacote ou maleta venham a ser objeto de fiscalização policial ou alfandegária posterior.

Qualquer que seja o exemplo concebido, é forçoso admitir que nas hipóteses de cegueira deliberada existe a possibilidade de ocorrência de significativo lapso temporal entre o ato de obscurecimento e a revelação do efeito lesivo a um bem jurídico. Para densificar a situação, imagine-se uma empresa transportadora que tenha em seu quadro funcional motoristas de caminhão, fiscais de ponto e gerentes. Os primeiros devem cumprir jornadas de trabalho que variam de seis a dez horas diárias, mas com o intervalo de descanso de dezesseis horas entre uma jornada e outra, incumbindo-se aos fiscais de ponto não apenas a tarefa de

verificar se tais intervalos de descanso estão sendo efetivamente observados, como ainda o dever de atestar as horas trabalhadas e reportar aos gerentes eventuais irregularidades por parte dos motoristas, caso em que deverão suportar advertências ou possíveis punições, tudo em benefício da segurança da atividade. Finalmente, compete aos gerentes aplicar advertências ou punições mais severas, em caso de violação das normas trabalhistas.

Nesse cenário hipotético, admita-se que o presidente da empresa ordene que os turnos dos fiscais e dos gerentes coincidam apenas uma vez ao mês, e o efeito primário de tal deliberação será dificultar as comunicações entre as duas categorias de profissionais, mas, como efeito secundário, haverá o atraso sobre o reporte de eventuais irregularidades apuradas nas jornadas e nos intervalos de repouso dos motoristas, posto que tais informações somente chegarão ao conhecimento da gerência na única ocasião em que os turnos sejam coincidentes, de modo que os atrasos em tais relatórios poderão alcançar até trinta dias. Nessa linha de raciocínio hipotético, é possível que isso resulte em demora na punição de um determinado motorista que tem insistido em negligenciar o intervalo mínimo de repouso entre jornadas, por ter acumulado dívidas, e assim o dito motorista prossegue realizando sucessivas jornadas de trabalho, segue guiando o caminhão em estado de exaustão física, e em decorrência disso acaba colidindo o veículo na estrada, causando não apenas danos materiais ao veículo e à carga, mas além disso, provoca a morte de guiadores de outros veículos envolvidos no sinistro. Naturalmente que a empresa dispunha de um mecanismo de controle e prevenção de acidentes, mas este se mostrou falho graças à determinação do presidente da empresa, o qual deliberadamente ignorou os riscos de sua ordem à segurança do processo de transporte.

Feito um paralelo entre a situação hipotética acima exposta, e situações de desvios de ativos, seja no âmbito de empresas privadas, seja no âmbito de órgãos públicos, é fácil admitir a possibilidade de que executivos ou agentes estatais venham a lançar suas assinaturas em documentos ideologicamente falsos, precisamente porque a exiguidade de tempo não lhes permite ler a todos, um a um. Por isso, confia em alguns subordinados e assina ordens de execução de serviços (eventualmente superfaturados), ou liberação de recursos (para pagamento de serviços não integralizados).

Tal cenário hipotético, mas perfeitamente cabível na realidade contemporânea de muitas empresas ou órgãos públicos, evidencia ser possível que o ato de obscurecimento e o resultado lesivo ao bem jurídico estejam separados por um intervalo temporal considerável, e nesse lapso é natural que a memória de eventuais testemunhas não retenha todas as informações relativas às centenas ou milhares de operações realizadas, de modo que os dados se diluem e a materialidade delitiva venha a se dissipar. Portanto, tendo em conta que a

identificação do delito depende de uma consequência indesejada (posterior ao ato de obscurecimento), esta pode nunca surgir, ou se revelar muito tempo depois, de modo a impedir qualquer eficácia na investigação do delito. Em todo caso, tal qual se observa nos crimes culposos, o resultado lesivo integra o injusto da cegueira deliberada¹⁵⁰⁰, mesmo que não seja este o modulador da punição. Aliás, admitir o contrário ensinaria a possibilidade de sanção penal de atos antecedentes destituídos de relevância ou dignidade punitiva, o que importaria não apenas em distorcer a teoria do delito, mas ainda em potenciar exponencialmente a atuação estatal. Nesse cenário, a imposição de pena a alguém que não deteve consciência plena sobre circunstâncias fáticas que lhe eram disponíveis, e que adotou condutas que não importaram em resultado fático violador de bem jurídico, implicaria aplicação de penas destituídas de função repressiva à conduta praticada¹⁵⁰¹.

Invocando as lições de Hertzberg, e com vistas a qualificar um perigo como extraordinariamente improvável, frente à sua distância da ação, Pérez Barberá sustenta que “a iminência de um perigo depende diretamente de quão próximo (espacial e temporalmente) se encontra o foco do perigo no ponto de referência, em função do qual aquela qualidade se predica”¹⁵⁰². Demais disso, as estratégias preventivas ocorrem em todas as empresas de médio ou grande porte, em busca de evitar prejuízos econômicos ou à imagem do empreendimento. Destarte, a eventual imposição do ônus de acompanhar todas as consequências advindas de suas estratégias preventivas e todos os indivíduos que por elas fossem afetados poderia gerar severa insegurança jurídica nas empresas, e mesmo na sociedade, sobretudo porque nem sempre a consequência lesiva e indesejada terá sido cometida pelo autor do ato de obscurecimento, o que torna ainda mais difícil o controle da responsabilidade jurídica pelo fato, transferindo a terceiros, situações que podem gerar reprovabilidade a um indivíduo¹⁵⁰³.

1500 A inevitabilidade do resultado afasta a tipicidade penal, pois torna irrelevante o dever de cuidado (BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de Direito Penal: parte geral. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 80 e ss).

1501 “A culpabilidade opera como limite às exigências de prevenção impedindo que, por razões de ‘exemplaridade’, a pena supere aquela que seja merecida pelo autor. Portanto, representa um obstáculo intransponível para a imposição da chamada ‘pena exemplar’. Para se evitar que uma determinada conduta venha a se repetir, o juiz, muitas vezes, se sente compelido a impor ao agente uma pena gravemente desproporcional. Por razões de prevenção geral supõe o juiz que tal pena exemplar seja necessária. Mas se ela ultrapassa os limites do merecimento do autor (os limites da culpabilidade concreta), não pode ser imposta. sob pena de violação do princípio da culpabilidade (como limite máximo da intervenção penal). (BIANCHINI, Alice; MOLINA. Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 380).

1502 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 462.

1503 Imagine-se a corriqueira hipótese do motorista de um caminhão-cegonha que deve transportar diversos veículos por centenas de quilômetros, mas ao passar por um posto de controle da polícia rodoviária a carga é

Frisch¹⁵⁰⁴ opõe sua crítica assinalando que não é possível designar como objeto de conhecimento algo que sucederá no futuro, por mais iminente que seja. Aduz mais que a realização do tipo penal não pode ser objeto do dolo, eis que se reporta a um momento temporal posterior ao instante da ação, e admitir o contrário conferiria ao direito penal um matiz arbitrário. Com efeito, não seria razoável punir um indivíduo que gerou um efeito imune de sua capacidade de reprovabilidade individual. Portanto, em se tratando de um delito composto de duas fases (ato de obscurecimento e resultado lesivo), é possível que haja punição apenas daquele que comete o ato final do ilícito, em situações de ignorância deliberada, e paralelamente, é possível a ocorrência de punição daquele que buscou uma estratégia preventiva (em cegueira deliberada), mas não tomou parte no ato lesivo subsequente, tampouco dispunha de mecanismos de controle para inibir sua ocorrência.

b) Dever de cuidado, riscos permitidos e riscos proibidos

A atribuição de dever de cuidado a partir de uma conduta arriscada se restringe às situações de ignorância deliberada *lato sensu*, mas exclui as situações de cegueira deliberada em sentido estrito. Com efeito, seja na caracterização dos delitos omissivos, seja no exame dos delitos negligentes, há três pressupostos: a) identificar o dever de cuidado, b) identificar quem detinha o dever de cuidado, c) demonstrar a quebra desse dever de cuidado. Quanto ao ponto, Fletcher¹⁵⁰⁵ adverte que ninguém é responsabilizável por uma omissão, a não ser que haja um dever de intervir e prevenir o prejuízo de ocorrer, e o mesmo pode ser afirmado quanto às condutas negligentes. Por isso, quando o ordenamento jurídico brasileiro buscou imputar deveres de cuidado, o fez por dois caminhos alternativos: a) positivou delitos denominados omissivos próprios; b) fixou regras criadoras de posição de garantidor, impondo ao “garante” o necessário esforço para não violar tal condição. Bem por isso, é forçoso admitir que os limites do cuidado, propriamente dito, não se encontram definidos na lei. Nessa linha de raciocínio, o sujeito que venha a incorrer no tipo penal de omissão de socorro

vistoriada e dentro dos automóveis são descobertos muitos quilos de estupefacientes, o que ocasiona a prisão em flagrante do motorista. Mesmo que este não tenha ocultado a droga nos automóveis é certo que o cegonheiro responderá como se tivesse cometido um delito causado por um terceiro, que possivelmente permanecerá irresponsável.

1504 FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. Heymann. Köln, 1983. p. 57 e ss. *apud* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 531.

1505 “No one is liable for an omission unless there is a duty to intervene and prevent the harm from occurring”. FLETCHER, George. *The Fault of Not Knowing, Theoretical Inquiries in Law* 3.2 (2002). p. 89. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/233-880-1-PB.pdf>. Acesso em: 28.02.2023.

(CPB, art. 135), somente ostenta dever de cuidado naquela situação específica. Por igual, assume dever similar qualquer indivíduo que: a) se encontre em situação para a qual a lei tenha estatuído ônus de cuidado, proteção ou vigilância; b) qualquer sujeito que tenha assumido a responsabilidade de impedir um resultado; c) qualquer pessoa que tenha criado risco de ocorrência de um resultado com seu comportamento anterior. Eis a razão pela qual é necessário o estabelecimento de um responsável pela aferição do respeito ao dever de cuidado, a quem incumbirá o ônus de identificar a conduta e subsumi-la à determinação.

Segundo as lições de Welzel¹⁵⁰⁶, o papel de determinar qual era a conduta apropriada, exigível, ou em conformação com o necessário dever de cuidado constitui tarefa judicial, tal qual o ônus de aferir a causa ou motivo que conduziu o autor a praticar tal ato. O jurista de Göttingen aduz mais que as formas de ocorrência de um crime culposos são tão diversas que positivá-los por meio de conceitos exageradamente abstratos violaria a segurança jurídica¹⁵⁰⁷. Bem por isso, entende que o cidadão não deve precisar se esforçar para saber o que deve fazer ou deixar de fazer, tampouco deve o juiz se esforçar para descobrir o que deve castigar¹⁵⁰⁸, eis que incumbe ao ordenamento jurídico evidenciar de forma clara e objetiva que condutas proíbe, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento da sociedade. Além disso, o objeto da proibição deve ser claro e transparente ou, pelo menos, de fácil percepção a partir de métodos lógicos, e tão logo identificada a ação geratriz do risco deve o agente adotar todo o “cuidado necessário na condução”¹⁵⁰⁹. De fato, a concepção de Welzel quanto aos deveres de cuidado, põe em destaque o princípio da reserva legal, positivado em tantas cartas constitucionais, dentre as quais na CF/88, ao assinalar que “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei” (CF/88, art. 50, II).

Então, considerando que, à partida, todos estamos sujeitos ao princípio da licitude, e que o princípio da adequação social adota a premissa de que todos os negócios jurídicos são erigidos a partir de uma lógica de gestão ordenada, todos eles serão presumidamente permitidos, desde que tenham sido submetidos a um juízo inteligente que leve em consideração todas as consequências previsíveis. Portanto, o padrão se dá pela atribuição de um dever de cuidado face à situação de garante, derivada da criação do risco de ocorrência de

1506 WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Ob. cit., p. 57.

1507 WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Ob. cit., p. 74.

1508 WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Ob. cit., p. 70.

1509 Para Hans Welzel a expressão traduz um dever objetivo e normativo; e em seguida apresenta que uma conduta se adequa ao cuidado objetivo quando se considera prudentemente os efeitos da ação planejada, que sejam cognoscíveis tem um juízo inteligente, ou seja, a conduta que seguiria um homem inteligente e prudente na posição do jurista.

um resultado, a partir de seu comportamento anterior. A grande questão é saber que espécie de comportamento pretérito aciona o gatilho e deflagra a situação de risco. Esse é o severo obstáculo que se põe ao juiz, a quem cumpre a tarefa de identificar o dever de cuidado, a partir de um padrão comportamental do homem médio, especialmente porque seria impossível realizar tal aferição a partir dos padrões e lógicas individuais. Com efeito, os deveres sociais do homem médio devem ser fixados a partir da valoração das condutas dentro de um contexto cultural, e conjuntural, razão por que subsistem mais circunstâncias na análise de uma situação de cegueira deliberada do que apenas um indivíduo prudente, e sua subjetiva prognose de resultados futuros, e potencialmente lesivos a um bem jurídico. Por óbvio que a questão não se restringe ao estudo dos deveres de cuidado a serem adotados para preservação de bens jurídicos.

Relativamente ao estado anímico de ignorância deliberada, é necessário perceber que a situação fática geratriz do risco, e justificadora do dever de cuidado, emana de três fatores: a) incerteza, b) meios razoáveis de investigação, c) informação disponível¹⁵¹⁰. Portanto, o dever de cuidado é corolário de uma situação de incerteza sobre a possível existência de um elemento penalmente típico na conduta encetada pelo agente, mas deve ser sucedido por uma investigação mais aprofundada da realidade fática que envolve o agente, e este deve se valer de meios razoáveis para esclarecer informações que estejam disponíveis. Naturalmente que não se deve impor ao sujeito um esforço desproporcional por informações, tampouco que adote uma postura paranoica, como se tudo representasse riscos. A eliminação (ou confirmação) dos riscos deve se dar quando o agente alcança a informação disponível de forma rápida, e sem despendar muito esforço.

A fim de avaliar a eventual incidência do estado de cegueira deliberada, cabe ao julgador verificar se havia situações de incerteza geradas pela conduta demandada ao agente, e em caso positivo, qual a quantidade de eventuais incertezas. Além disso, deve verificar quais os meios de apuração de informações que estiveram ao alcance do sujeito, verificar se eram compatíveis com a percepção do homem médio, e se aquelas informações estavam ordinariamente disponíveis. Somente diante desse cenário é que o juiz pode valorar os deveres de cuidado eventualmente aplicáveis ao agente. Aliás, nesse pormenor Puppe¹⁵¹¹ apregoa que

1510 Compreendemos que a cegueira deliberada em sentido estrito trata da situação fática que conjuga os elementos seguintes: a) existência de normativo administrativo preventivo ou proibitivo, b) previsibilidade de violação de bem jurídico específico.

1511 PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 76-77.

o dever de cuidado deve ser interpretado frente ao esforço do agente para evitar o problema, buscando um “esforço de evitação idôneo”.

O exame do problema teórico acima proposto melhor se densifica através de alguns exemplos, os quais bem assinalam quão dificultosa pode ser a generalização dos deveres de cuidado. Imaginem-se quatro situações hipotéticas, a saber: a) o indivíduo “A” recebe do indivíduo “B” um cofre ou uma correspondência fechada, para fins de transporte, e é remunerado mediante o pagamento de um valor justo para tanto; b) o indivíduo “C” recebe um pacote de seu amigo, indivíduo “D”, o qual sustenta que se trata de um presente para terceira pessoa e solicita que o mesmo seja entregue em outra cidade, sem oferecer qualquer recompensa; c) o indivíduo “E” entrega pacote à sua namorada dizendo que é um presente surpresa para sua viagem; d) o indivíduo “F”, funcionário de uma empresa de transportes, que age nos limites de sua profissão, e conduz veículo com diversos pacotes em sua carga. Admita-se como lícitos os conteúdos de todas as encomendas referidas nos quatro exemplos supra, e que todos os indivíduos envolvidos sejam maiores de idade.

No primeiro exemplo, considerando que a encomenda a ser transportada é um cofre, é certo que existe um dever de cuidado inerente à condição de transportador, entretanto, ainda que este tencione conhecer o conteúdo do cofre só conseguirá fazê-lo mediante grande esforço, e com significativo custo (inclusive de tempo). Além disso, o contratante está identificado em contrato escrito e realizou o pagamento de um frete daquele tipo de mercadoria, segundo os valores de mercado. Portanto, nesse cenário é razoável observar que o maior dever de cuidado exigível do transportador seria exigir do contratante uma declaração sobre o conteúdo do cofre, pois não há disponibilidade e nem acessibilidade dos dados relativos aos elementos do tipo. Demais disso, se por um lado, há um dever de cuidado de diligenciar positivamente no sentido de afastar suspeitas acerca do item transportado, caso a encomenda seja uma correspondência, a CF/88, em seu art. 5º, XII, estipula o sigilo e a inviolabilidade da mesma, razão por que estaria ilidido qualquer dever de cuidado que implicasse em devassar o conteúdo da missiva. Já os exemplos segundo e terceiro sugerem evidenciar o quanto um grau de relacionamento entre indivíduos, ou uma situação que exige discrição de conduta, como a hipótese de um presente surpresa, por exemplo, tem potencial para esvaziar possível suspeição sobre um elemento do tipo, a ponto de elidir a circunstância geratriz da suspeita e que motivaria um dever de cuidado. Tem-se um fator externo que altera uma eventual simplificação do estado de cegueira deliberada. Finalmente, no quarto exemplo se pretende assinalar que certas profissões atraem o perene risco de envolvimento com certos delitos, como o transporte de produto ilícito, razão por que devem justificar, de igual forma, a

obrigação de apurar cada detalhe relacionado com o ofício, mas a depender do grau de minúcia, isso pode tornar impraticável o exercício da atividade de transportador.

Diante disso, é razoável inferir a imposição de certos limites aos deveres de cuidado, sobretudo quando se observa a impossibilidade, ou grande dificuldade de apuração de uma suspeita, e que possam ocasionar a incidência de limites constitucionais incompatíveis com tais deveres de cuidado, ou mesmo caracterizar a conduta como uma ação neutra. Nesse tocante, Renato Silveira e Eduardo Diniz¹⁵¹² advertem que os deveres de cuidado devem se mostrar umbilicalmente ligados à adoção de um sistema de responsabilidade (referindo-se à questão, frente à pessoa jurídica), mas enfatizam também que há exigência de previsão devidamente estabelecida. Na mesma trilha, Alberto Puppo¹⁵¹³ pondera que algumas circunstâncias específicas de vida, tais como o estado de necessidade, podem ser admitidas como modificadoras de deveres de cuidado.

c) Subjetivismo da alta probabilidade

A expressão “alta probabilidade”, comumente manejada no direito estadunidense para fins de valoração da prova de determinado fato, nos impõe reflexão sobre três aspectos: a) qual o significado etimológico da expressão e seus desenvolvimentos; b) qual a forma de interpretação do destinatário da norma que contém tal expressão; c) quais os matizes da “alta probabilidade” sob uma perspectiva anterior à consumação da conduta. Invocando doutrina específica, Pérez Barberá¹⁵¹⁴ assinala que há três conceitos de probabilidade (o classificatório, o comparativo e o quantitativo), razão por que a expressão “alta probabilidade” já configura uma armadilha lógica¹⁵¹⁵, notadamente porque remonta ao costume anglo-saxão de quantificar

1512 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e DINIZ, Eduardo Saad. In: Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 134.

1513 PUPPO, Alberto. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones-Numero XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 57 e ss.

1514 Invocando as lições de Carnap, e tratando das espécies de probabilidade, Pérez Barberá assinala que há três conceitos de probabilidade: o classificatório, o comparativo e o quantitativo. Apesar disso, é notório que o sistema criminal norte-americano (e o ensino jurídico igualmente) trabalha com o critério quantitativo, por isso o alvo das críticas apresentadas. Além disso, ao apresentar seu conceito de dolo, apresenta-se partidário da lógica comparativa (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 697-702).

1515 JOHNSON, Eric A. *Is the idea of objective probability incoherent?* In: Law and Philosophy. v. 29. n. 4. jul. 2010. p. 419-432. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40783502>. Acesso em 28.02.2023.

percentagens para determinar situações¹⁵¹⁶. Aliado a isso, considerando a significativa divergência da doutrina quanto à forma de atingir números, relativamente a situações de vida, mesmo assim se mostra possível conceber hipóteses que fragilizam o padrão de “alta probabilidade”.

Imagine-se a hipótese em que um indivíduo aborda dez pessoas numa estação rodoviária, exhibe dez malas e faz a proposta seguinte: a) cada participante receberá uma quantidade de dinheiro para transportar apenas uma das malas; b) ninguém poderá abrir a mala nem conhecer o conteúdo dessas malas, limitando-se apenas a transportá-las; c) cada pessoa será responsável por escolher livremente a mala que transportará; d) nove, dentre as dez malas, possuem conteúdo ilícito. Segundo tal cenário, é perfeitamente possível afirmar que a probabilidade de um daqueles expectadores escolher uma mala com conteúdo ilícito é de 90% (noventa por cento). Por certo, é possível afirmar que a probabilidade de que pratique um injusto é elevada¹⁵¹⁷. Entretanto, se a quarta variável for retificada de nove malas para apenas uma mala com conteúdo ilícito, já não se poderá sustentar a ocorrência de alta probabilidade, pois apenas um dentre os dez indivíduos cometerá um injusto penal típico, caso aceite transportar a carga ilícita. Com efeito, as chances caem de 90% (noventa por cento) para 10% (dez por cento), razão por que o indivíduo eventualmente flagrado e preso tendo consigo uma mala de conteúdo ilegal poderia afirmar que não estava em situação de conhecimento, tampouco se encontrava em hipótese de alta probabilidade. Portanto, seria necessário um parâmetro numérico para se aferir normativamente o significado da expressão “alta probabilidade”. É igualmente certo que 50% (cinquenta por cento) não pode ser admitido como alta probabilidade, pois se trata de probabilidade apenas mediana.

Imagine-se, então, que a proposta na estação rodoviária tenha sido feita a apenas um indivíduo, o qual tenha sido demandado a transportar uma mala sem conhecer seu conteúdo (lícito ou ilícito). O indivíduo “A” entrega uma mala a um indivíduo “B”, mas não o informa sobre o conteúdo da mesma, e oferece certa quantia pelo transporte. O indivíduo “B” nada questiona sobre o conteúdo da mala, mas admite que a mesma tenha conteúdo lícito ou ilícito.

1516 A expressão “*knowingly*”, para certos manuais norte-americanos de direito penal representa uma chance “acima de 90%”, razão por que “*reasonable doubt*” surgiria quando o grau de certeza é inferior a 95% e assim sucessivamente.

1517 Probabilidade, no conceito aqui utilizado, é um conceito matemático em que se considera que um espaço amostral (10 indivíduos iguais) é igual à razão do número de elementos do evento (10 malas) para o número de elementos do espaço amostral (cada um fará uma escolha de uma mala), desde que espaço amostral seja um conjunto equiprovável (todos podem escolher qualquer mala), ou seja, todos os seus elementos tenham a mesma possibilidade de ocorrer. Disponível em: www.posslomaticadidatica.com.br/ProbabilidadeConceitos.aspx. Acesso em: 01.03.2023.

Nessa hipótese vige uma lógica binária, vale dizer, o indivíduo conhece ou não conhece o conteúdo da mala, de modo que, em tese, há cinquenta por cento de chance do conteúdo ser lícito e cinquenta por cento de chance do conteúdo ser ilícito, e diante disso poder-se-ia argumentar que inexistente uma “alta probabilidade” do risco de transporte de material ilícito.

Sucedendo que a lógica aplicável ao Direito não é uma lógica cartesiana, mas uma lógica deontológica, e segundo a lógica deontológica o proponente jamais confiaria a um desconhecido o transporte de seus pertences, de seu patrimônio, se não tivesse algo a ganhar com isso. E a vantagem do proponente é precisamente transferir o risco de uma prisão a um terceiro, que em troca de vantagem financeira, assumirá voluntariamente e com elevado grau de probabilidade, a condição de “mula do tráfico”. Tal ilação sobre o grau de risco em aceitar uma proposta como tal se afigura desnecessária, caso adotado o padrão comportamental do homem medianamente prudente, especialmente se já realizou alguma viagem aérea, pois nos aeroportos os passageiros são insistentemente indagados se estão transportando suas próprias bagagens, ou se levam bagagens de terceiros. Apesar disso, há quem defenda a ideia de que, num cenário hipotético em que um desconhecido ofereça dinheiro a um desconhecido para levar uma mala de conteúdo desconhecido, exista tão somente uma “baixa probabilidade” de que o conteúdo da mala seja ilícito. Na verdade, somente um ingênuo ou um tolo aceitaria tal proposta.

Argumenta-se que a forma de evitar as instabilidades próprias da adoção de conceitos como “alta probabilidade” seria a criação de tipos penais mais exatos, ou vinculados a precedentes jurisprudenciais das Cortes superiores, tais como súmulas, mas, ainda assim, tal caminho se mostraria falho, pois os tipos muito fechados dificultam ao juiz a aplicação do instituto da cegueira deliberada fora da curva lógica. Exemplo disso se observa na norma penal estadunidense que incrimina o tráfico e a posse ilegal de estupefacientes, a qual induz estratégias de defesa em prol de que o agente detenha o menor conhecimento possível sobre as situações em que tenha de atuar, para não sofrer incriminação por posse de drogas, e no sentido oposto, com vistas a afastar situações de impunidade, não raro há aplicações extensivas da lei, que refletem em insegurança jurídica. E para além disso, não se pode objetar que, em regra, a edição de diplomas legais se mostra custosa e morosa no âmbito dos Estados de cariz democrático, eis que se submete a interesses partidários, a conflitos políticos, e a frequentes necessidades de adaptação. E quanto à chaga da morosidade, é igualmente imputada com indisfarçável frequência aos órgãos julgadores, os quais são cotidianamente instados a: a) garantir aos acusados em geral um expressivo rol de garantias legais e processuais, b) realizar a colheita probatória com exatidão e rapidez (mesmo quando a defesa

se empenha em manobras protelatórias, precisamente para caracterizar excesso de prazo na formação da culpa); c) implementar interpretações precisas sobre os fatos relevantes da causa, e com estrita observância às orientações da jurisprudência emanada das Cortes superiores (por súmulas, vinculantes ou não); d) prolatar decisões exaustivamente fundamentadas, sobre todas as teses suscitadas pelas partes, como se as sentenças fossem obras artesanais de edição exclusiva, e como se as demandas processuais a isso permitissem. Em paralelo, os órgãos julgadores costumam ser destinatários da crítica de que violam a separação dos poderes, por “legislarem diante do caso concreto”.

A propósito do terceiro argumento, que diz respeito ao momento que antecede a situação de alta probabilidade, tem-se que a análise judicial da circunstância subjetiva, ainda que realizada *ex post facto*, precisa ter em consideração o momento *ex ante facto*, sobretudo nas situações em que se cabe identificação e verificação de *mens era*, por não estar evidente. Nesse cenário, a tentativa de conceber um elemento objetivo denominado “alta probabilidade” ao que parece destoa da realidade fática, pois é impossível identificar tal predicado de forma isolada, partindo do pressuposto de que todos os elementos conhecidos após a consumação da conduta penalmente típica já o eram antes da conduta. Por isso, o exame das variáveis deve tomar em consideração o momento do fato, e não o momento subsequente à consumação do resultado juridicamente proibido, quando os detalhes do caso já se evidenciaram. De fato, não se trata de uma verificação da alta probabilidade, mas sim da circunstância de previsibilidade objetiva de tal situação, razão por que a terceira crítica se justifica diante da aparente confusão de conceitos (entre “alta probabilidade” e “previsibilidade”).

É forçoso reconhecer que o indivíduo não calcula objetivamente as consequências de suas condutas, e naturalmente não conseguiria fazê-lo, sobretudo ante a profusão de variáveis que se encontram fora de seu controle. Na verdade, o agente realiza não mais do que uma projeção de sucessos e insucessos e opta por uma conduta, razão por que Bitencourt¹⁵¹⁸ adverte com muita propriedade que “a ausência de previsibilidade subjetiva (...) revela somente a ausência de culpa consciente, mas pode configurar, sem dúvida, a chamada culpa inconsciente, que, aliás, caracteriza-se exatamente por não prever o previsível”. E nessa ordem de ideias, é razoável aceitar que a mensagem traduzida pela expressão “alta probabilidade” parte do pressuposto de que o agente conhece e projeta sua consequência no futuro, de modo racional e seguro, mas não é isso que se verifica no plano real. Quando

1518 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. Ob. cit., p. 71.

muito, o sujeito consegue fazer uma projeção de resultados possíveis de sua atitude, mas isso consiste em previsibilidade, e não em “alta probabilidade”.

Portanto, imputar ao indivíduo o ônus de identificar todas as variáveis possíveis, e identificar quantas delas o inserem em situação de ilícito seria insustentável. De fato, isso consistiria em recolher o conhecimento que o juiz só alcança *post facto* e presumi-lo *ante facto*, razão por que Welzel¹⁵¹⁹ assinala que “é insuficiente a potencial consciência das circunstâncias objetivas do tipo, uma vez que prescindir da atualidade da consciência equivale a destruir a linha divisória entre dolo e culpa, convertendo aquele em mera ficção”. Conclusivamente, é forçoso admitir que o esforço do judiciário em tentar compreender o elemento “alta probabilidade” através de um teste de previsibilidade das situações encontra lastro em conceitos vagos e imprecisos¹⁵²⁰ e, por isso mesmo, pode resultar em situação de aparente insegurança jurídica. Aliás, quanto ao ponto, Michael Moore põe em relevo que a forma como se descreve o ataque ao bem jurídico converte o conceito de previsibilidade do agente em algo livremente manipulável¹⁵²¹, e mais próximo de um direito penal do autor¹⁵²².

d) Os limites da legalidade

É oportuno rememorar que na cegueira deliberada em sentido estrito existe um momento pretérito no qual o agente representa riscos possíveis, derivados da conduta que pretende realizar, e por isso toma algumas providências de caráter preventivo para se esquivar da responsabilização, caso se verifiquem no plano prático os efeitos lesivos que já foram por si antevistos. Contudo, há também um momento posterior, normalmente não desejado pelo

1519 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanez Perez. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 96. Em sentido similar: “*El momento cognitivo comprende el conocimiento real o actual (no sólo potencial) de la realización de elementos descriptivos y normativos del tipo (...)*” (GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito-derecho penal: parte general*. Madrid: Cívitas, 1988. p. 205).

1520 Francisco de Assis Toledo assinala que quando o agente não quer o resultado e não assume deliberadamente o risco de produzi-lo, se trata de culpa consciente. E a assunção do risco, subjetivamente considerada, dependeria de uma demonstração de consciência, inexistente na ignorância do elemento gerador (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 266).

1521 MORRIS, Clarence. *Duty, Negligence and Causation*. In: University of Pennsylvania Law Review. v. 101, 1952. p. 194-200. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7920&context=penn_law_review. Acesso em 02.03.2023.

1522 Pérez Barberá destaca que a história do dolo é uma história de determinação e conceitualização de dados empíricos, psíquicos e físicos, que em cada momento têm sido considerados relevantes para ter acreditada a existência de dolo (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 49).

sujeito, no qual se consumaram as consequências lesivas a algum bem jurídico, e que decorreram precisamente da ação que o sujeito decidiu levar adiante, depois que dissipou voluntariamente as suspeitas que já antevia sobre a lesividade de seu comportamento. Nesse cenário, é forçoso reconhecer que o estado de cegueira deliberada em sentido estrito ostenta três características: a) emprego de uma ou mais estratégias capazes de evitar conhecimentos futuros; b) ausência de dolo direto do indivíduo no momento da lesão ao bem jurídico, por ausência de consciência; c) existência de liame entre a ação do sujeito (que poderia e deveria ter adotado postura de abstenção diante da percepção dos riscos, que foi deliberadamente rechaçada, por estratégia de auto blindagem cognitiva) e o resultado lesivo produzido.

Naturalmente, para que um delito seja doloso se faz necessária a conjugação de vontade e consciência. Sendo a consciência atual, tem-se o dolo direto; sendo de elevada probabilidade de produção do resultado lesivo, tem-se o dolo indireto; e sendo uma consciência de criação de um risco gerador de consequências lesivas a bem jurídico, sem interrupção de conduta, a despeito da previsibilidade do resultado, tem-se o dolo eventual. Por outro lado, nos delitos culposos a responsabilização deriva da inação, ou de uma ação mal dirigida, sem intenção de resultado, mas provida por consciência da conduta tomada, e que vem a se converter em geratriz de consequências lesivas. Portanto, é necessário reconhecer a existência de um vácuo, quanto ao elemento subjetivo do tipo, segundo a ótica dos sistemas penais de inspiração romano-germânica, pois a cegueira deliberada estrito senso efetivamente supera os limites de uma conduta meramente culposa, mas não pode ser simplesmente equiparada a uma situação de dolo (mesmo que eventual), precisamente porque o agente deliberadamente se afastou de um conhecimento que lhe era disponível, e que o situaria num estado de conhecimento efetivo *ex ante*.

É preciso perquirir, entretanto, se o conhecimento efetivo, que cristalizaria a conduta dolosa, inexistia apenas no córtex cerebral do agente, mas já estava presente no cérebro basal (sob a forma de intuição emocional, eidética ou volitiva). Sob o prisma de um conhecimento racional, se o agente não dispõe de conhecimento efetivo não atuará com dolo que liga ação e resultado por meio de um nexos causal. Por simetria lógica, o agente também não será responsável pela conduta geratriz do resultado lesivo, na medida em que ela foi praticada por um terceiro, e num momento futuro distinto da primeira ação. Naturalmente que tais reflexões nos exigem romper os limites da dogmática jurídica, para buscar subsídios na psicologia, ou

mesmo na psicanálise, segundo a qual todos temos três instâncias psíquicas (Id, Ego e Superego), as quais condicionam o nível de conhecimento que temos, e que buscamos ter¹⁵²³.

Nessa ordem de ideias, enquanto o jurista indaga se é possível reprovar a conduta pretérita e de cariz preventivo, que foi adotada pelo agente com vistas a inibir sua própria responsabilização penal, porque evita o envolvimento possível e futuro do indivíduo, o psicólogo ou o psicanalista não alimentariam as mesmas dúvidas, especialmente após recorrer aos conceitos de Id, Ego e Superego. Com efeito, mesmo na instância do Id, existe um conhecimento intuitivo sobre o liame entre ação e resultado, mas tal conhecimento é nublado pelo desejo do prazer (de obter a vantagem financeira, por exemplo). Transpondo a fronteira do Id, e passando ao plano do Ego, instância psíquica responsável por percepção, memória, sentimentos e pensamentos, o indivíduo atua movido pelo “princípio da realidade”, mas este é fortemente influenciado pelo componente moral, próprio das normas éticas da sociedade. Precisamente por isso, um indivíduo inserido numa “sociedade de consumo”, permeada por valores morais flácidos e permissivos, não encontrará grandes dificuldades em se afastar de um conhecimento disponível (e que poderá confirmar uma incômoda suspeita sobre elementos de um tipo penal qualquer), para relativizar o valor conferido ao bem jurídico, levar adiante uma conduta que lhe é demandada, e que deverá ser financeiramente bem recompensada. Nesse cenário de aparente cumplicidade entre o Id e o Ego, o Superego termina vencido, senão mesmo massacrado.

Em todo caso, a doutrina se mostra pródiga em exemplos que induzem à reflexão sobre os limites legalmente admissíveis para a responsabilização penal de alguém por atuar em estado de cegueira delibera estrito senso: a) o delegado de polícia ou o médico que desligam seu telefone, para não serem incomodados, podem ser responsabilizados por um acontecimento futuro e incerto em que eventualmente poderiam ter sido fundamentais, mesmo não estando de plantão? b) o advogado pode (ou deve) interromper assinatura de jornais para

1523 Id, Ego e Superego são conceitos criados por Freud para explicar o funcionamento da mente humana, considerando aspectos conscientes e inconscientes. São três instâncias psíquicas que, integradas e atuando em conjunto, determinam e coordenam o comportamento humano. O Id é regido pelo “princípio do prazer”, é fortemente ligado a libido e à ação de impulsos, é considerado inato e está situado na zona inconsciente da mente, sem conhecer a “realidade” consciente e ética. Atua a partir de estímulos instintivos, e por isso é amoral. O Ego é a parte consciente da mente, sendo responsável por funções como percepção, memória, sentimentos e pensamentos. É regido pelo “princípio da realidade”, sendo o principal influente na interação entre sujeito e ambiente externo. É um componente moral, que leva em conta as normas éticas existentes e atua como mediador entre id e superego. O Superego é o componente inibidor da mente, atuando de forma contrária ao Id. Considerado hiper moral, segue o “princípio do dever” e faz o julgamento das intenções do sujeito sempre agindo de acordo com heranças culturais relacionadas a valores e regras de conduta. O superego é, então, componente moral e social da personalidade. Disponível em: <https://psicoativo.com/2016/05/resumo-id-ego-e-superego.html>. Acesso em 02.03.2023.

não receber notícias sobre seus eventuais clientes, e assim receber honorários sem questionar a origem? c) o provedor de internet que disponibiliza conteúdo pornográfico pode se esquivar de responsabilização penal mediante a inserção de simples aviso sobre a proibição de acesso a menores de dezoito anos, e assim permanecer concedendo acesso de seu conteúdo ao IP instalado em uma escola de ensino fundamental?

É certo que, por força do princípio da fragmentariedade, o direito penal se ocupa apenas de uma reduzida fração dos acontecimentos da vida em sociedade, isto para preservar a liberdade como regra, mas é imperativo lembrar que *ultima ratio* não é sinônimo de *nula ratio*. Se é certo que negar vigência a tal princípio gera Estados totalitários, com direitos penais máximos e que fragilizam uma democracia, é igualmente correto que um direito penal simbólico e inoperante favorece que Estados se convertam em narco-Estados. Não se pode ignorar que o direito penal ostenta caráter pedagógico, por sua essência punitiva e por sua reconhecida finalidade de prevenção geral (fortemente enaltecida no âmbito da teoria da pena construída pela doutrina portuguesa). Por consequência, o direito penal deve funcionar como delimitador comportamental, e deve servir como baliza social efetiva. Se, por um lado, uma legislação penal demasiado ampla e expansionista, tem por efeito o cerceio à liberdade inerente ao ser humano, por outro lado, uma legislação penal inócua ou permissiva (inclusive quanto aos contornos do tipo subjetivo), pode propiciar indesejáveis espaços de impunidade. Por tudo isso, o princípio da subsidiariedade assinala a necessidade de normas de controle a serem fixados por segmentos distintos do direito penal, tal como o direito contra-ordenacional, por exemplo.

Discorrendo sobre o princípio da intervenção mínima, Muñoz Conde¹⁵²⁴ pondera que “o direito penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito”. Nessa ordem de ideias, quando a norma penal incrimina atos preparatórios, ou presume a ocorrência do dolo, ou pune o perigo abstrato, finda por extrapolar a lógica da intervenção mínima do Estado. Demais disso, a interferência penal em perturbações leves sobrecarrega o judiciário, o sistema carcerário e subtrai de ramos mais eficientes do Direito seu papel típico. É nessa seara que surge o atual e importante debate acerca do direito administrativo sancionador¹⁵²⁵. Com efeito, sancionador ou não, o direito administrativo

1524 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2001. p. 59.

1525 “O direito sancionador administrativo constitui (...) um elemento de controle social ‘alternativo’ ao direito penal e destinado a complementar a tutela dos bens jurídicos mediante a repressão dos ilícitos de menor relevância social. Esta função de colaborar com a justiça na prevenção e punição dos ilícitos menores justifica o

contempla medidas administrativas próprias para situações em que circundam deveres de cuidado por parte de determinados agentes¹⁵²⁶. Acerca desse ponto, vale invocar o disposto no art. 60 da Lei nº 11.442/2007, relativa ao transporte de cargas, segundo o qual “o transporte rodoviário de cargas será efetuado sob contrato ou conhecimento de transporte, que deverá conter informações para a completa identificação das partes e dos serviços e de natureza fiscal”. Situação análoga se observa no Regulamento Brasileiro da Aviação Civil nº 175/2009, que disciplina condutas relativamente a cargas proibidas (seção 175.5), exceções (seção 175.11), e responsabilidades dos transportadores (seção 175.15)¹⁵²⁷. Na mesma esteira, dispõe o art. 239 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) que “sem prejuízo da responsabilidade penal, o expedidor responde pela exatidão das indicações e declarações constantes do conhecimento aéreo e pelo dano que, em consequências de suas declarações ou indicações irregulares, inexatas ou incompletas, vier a sofrer o transportador ou qualquer outra pessoa”.

Diante de tais exemplos de *lege lata*, é indisfarçável que o direito administrativo dispõe sobre formas específicas para impor responsabilidades ao transportador e ao expedidor, conferindo ao expedidor a tarefa de preencher documentos nos quais o transportador deverá confiar. Por outro lado, confere ao expedidor deveres administrativos sancionáveis, e isenta o transportador de responsabilidades (especialmente de natureza penal). Nesse prisma, dispõe o art. 242 do Código Brasileiro de Aeronáutica que “o transportador recusará a carga desacompanhada dos documentos exigidos ou cujo transporte e comercialização não sejam permitidos”. Naturalmente que o eventual descumprimento de tal vedação pelo transportador poderá acarretar severas punições administrativas, mas não serão sanções criminais. E para melhor densificar a ideia, imagine-se uma situação em que a Polícia Rodoviária Federal

estabelecimento e manutenção do poder sancionador da Administração” (DE FARIA, Margarida Ermelina Lima de Moraes. O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador. Dissertação de Mestrado. Portugal: Universidade do Aveiro, 2007). Disponível em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/3354/1/2008001177.pdf>. Acesso em: 02.03.2023.

1526 É possível compreender que a ausência de dispositivos administrativos normativos faz com que a figura seja, em verdade atípica, num conceito conglobante, por haver permissão presumida na ideia de que a não proibição geraria uma permissão (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2001. p. 461 e ss).

1527 Observe-se a forma como o normativo apresenta as regras no que se refere à responsabilidade. Na sessão 175.17, apresenta a responsabilidade do expedidor no sentido de que “é obrigação do expedidor de carga aérea ou de qualquer pessoa que atue como intermediário entre o expedidor e o operador transporte aéreo, assegurar que todos os requisitos aplicáveis ao transporte aéreo sejam cumpridos, entre eles, certificar-se de que o artigo perigoso oferecido para o transporte aéreo”. Porém, não retira do transportador a obrigação de notificar a ANAC em caso de discrepância nas informações recebidas do expedidor; assim, a sessão 175.15, item(g) aponta que “cada pessoa que descobrir uma discrepância relativa ao embarque de um artigo perigoso após sua aceitação para transporte deve, o mais rápido possível, notificar a ANAC a respeito dessa discrepância”.

realize checagem de cargas, e encontre estupefacientes dentro de um *container*. Por certo haverá prisão em flagrante e subsequente responsabilização penal do motorista do caminhão, apesar da regulamentação a seu favor. Em hipótese desta estirpe, a justificativa muito se assemelha à construção teórica em exame, pois há uma presunção de responsabilidade imposta ao transportador e que muito se assemelha à lógica do direito administrativo sancionador, mas, apesar disso, tal lógica é inserida dentro do direito penal.

Todavia, para melhor evidenciar as lacunas do ordenamento, que propiciam incidência à teoria da cegueira deliberada, cogite-se outra situação. Imagine-se que um indivíduo de aparência suspeita ingressa em uma agência postal levando consigo um volume sujo e mal embalado, se dirige ao guichê de atendimento e solicita a remessa do pacote que leva consigo a determinado endereço, mas durante o atendimento atende o telefone e informa ao interlocutor que acaba de despachar a encomenda, mas que não devem conversar sobre isso porque seu aparelho pode estar monitorado. Nesse contexto, a atendente desconfia que o pacote contenha material ilícito, mas nada pergunta ao suspeito cliente, pois inexistente norma administrativa que a obrigue a tanto. A funcionária, então, se limita a informar o valor da postagem, recebe o pagamento e encerra o atendimento. Em tal situação poderia a funcionária ser chamada a responder como cúmplice do crime de tráfico de estupefacientes, ou estaria isenta de responsabilidade penal? Seria adequado manter, na esfera administrativa, determinadas situações de liberdade de conduta, que podem ser habilmente exploradas pelo indivíduo (ou por alguma pessoa coletiva) para se eximir de responsabilidades, de modo a afastar do direito penal situações de dolo presumido, derivadas da cegueira deliberada em sentido estrito?

Com vistas a eliminar esse tipo de lacuna, o art. 43 do CP italiano delimita os contornos do elemento psicológico do delito culposo ao dispor que o mesmo está presente “quando o resultado, ainda que haja sido previsto, não é querido pelo agente e se verifica a causa da negligência ou imprudência ou imperícia, ou em inobservância de leis, regulamentos, ordens ou regulamentações”. Todavia, o CPB adotou caminho distinto. Quanto ao ponto, Margarida de Faria¹⁵²⁸, salienta que as denominadas sanções administrativas cautelares são aquelas que visam adiantar uma punição, por infração flagrante, presumindo-se a culpa *juris tantum*. Seus pressupostos são: a) o comportamento humano, por ação ou omissão; b) tipicidade desse comportamento na hipótese prevista pela norma legal sancionatória; c) ilicitude, entendida enquanto antijuridicidade, como desconformidade ao direito e às normas administrativas; d) a

1528 DE FARIA, Margarida Ermelina Lima de Moraes. O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador. Dissertação de Mestrado. Universidade de Aveiro. Portugal, 2007.

culpa, enquanto elemento subjetivo caracterizado pela vontade do agente de infringir a lei e a censurabilidade desse comportamento. Destarte, são sanções que permitem menor grau de rigidez principiológica, e menores garantias processuais ao infrator, por não atingirem sua liberdade, e tampouco produzirem efeitos em seu histórico criminal.

Nessa ordem de ideias, a *willful blindness* colocaria o direito penal em plano semelhante, eis que, equiparando desconhecimento qualificado ao estado anímico de dolo, posiciona-se o delito num patamar de gravidade elevada, ainda que inexistisse suficiente respaldo legal, nem objetivação suficiente para tal interpretação. Talvez por isso, o mais prudente fosse conferir ao direito administrativo sancionador a tarefa de determinar quais as condutas e comportamentos que podem ensejar prejuízos, e assim regulamentá-las em tal esfera. De fato, no direito administrativo sancionador é perceptível certa relativização de algumas garantias inafastáveis no bojo do processo penal. Precisamente por isso, o controle de atos preliminares que guardem eventual relação de causalidade com possíveis delitos futuros melhor se adequa a um ramo da ciência jurídica mais vocacionado a essa finalidade, especialmente quando ocupa os espaços dos delitos de bagatela e dos crimes de perigo abstrato. Aliás, quanto ao ponto, Juan Mozzicafredo¹⁵²⁹ adverte que o conceito de *accountability*, originário do utilitarismo, tal qual a cegueira deliberada, traduz a ideia de que alguém tenha a “obrigação de responder pelos resultados”, não visando apenas a eficiência das políticas, mas também o tipo de orientação prevalecente numa sociedade democrática.

A cegueira deliberada em sentido estrito aparentemente busca ser um método de adequação de condutas reais à lógica intrínseca do procedimento punitivo-criminal, contudo, é oportuno refletir se a eficiência de políticas públicas deve ser alcançada, independentemente de seus custos. Conquanto a lógica adotada pelo direito administrativo sancionador guarda grande aproximação com a responsabilidade objetiva, na medida em que admite certa presunção do administrado (v. g., nas multas de trânsito aplicadas por meio de fotossensor), é necessário ter alguma prudência na valoração dos comportamentos, antes de aplicar-lhes o rótulo de que são expressões de cegueira deliberada em sentido estrito, especialmente porque o direito penal é (e deve continuar sendo) a *ultima ratio*.

Aliás, para que não subsista dúvida quanto à proximidade entre os dois institutos, tanto a jurisprudência norte-americana, quanto a jurisprudência brasileira têm aplicado a cegueira deliberada em contendas de natureza extrapenal. Nos Estados Unidos, o caso *Global-Tech*

1529 Mozzicafredo, Juan. A responsabilidade e a cidadania na Administração Pública. In: Sociologia, Problemas e Práticas. n. 40, 2002. Disponível em: <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/333/1/40-1.pdf>. Acesso em 04.03.2023.

Appliances vs. *SEB S/A*, que remonta a 2010, evidenciou o manejo da teoria da cegueira deliberada no plano do direito civil¹⁵³⁰. No Brasil, por igual, há diversos precedentes que aplicaram a teoria da cegueira deliberada em recursos relativos a ações de improbidade administrativa¹⁵³¹, em ações civis públicas¹⁵³², e até mesmo em demandas cíveis relativas a direito do consumidor¹⁵³³. Na seara penal, é certo que o ordenamento penal brasileiro incrimina majoritariamente condutas dolosas, e só excepcionalmente, comportamentos negligentes, desde que tenham gerado situação de perigo real a bens jurídicos essenciais, razão por que se tem por robustecida a inferência de que a *willful blindness* tem incidência restrita a crimes materiais. Por outro lado, o perigo abstrato e a insignificância são próprios de sanções não penais. E acerca das sanções administrativas, por não atraírem um sistema processual próprio, podem ser aplicadas dentro de um processo civil com garantias mitigadas. Bem por isso, ao dispor sobre a culpabilidade no âmbito do direito administrativo sancionador, Figueiredo Dias¹⁵³⁴ assinala que “não se trata de uma culpa, como a jurídico-penal, baseada numa censura ética, dirigida à pessoa do agente e da sua atitude interna, mas apenas de uma imputação do facto de responsabilidade social do seu autor”. Nessa ordem de ideias, cabe inferir que é presumida a culpa do administrado, mediante a dispensa inclusive do elemento subjetivo do tipo, de molde a facilitar significativamente o papel estatal no âmbito

1530 Ainda em 2010, a *willfull blindness* foi adotada no caso *Globaltech-Tech Appliances* vs. *SEB S/A*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/754/>. Acesso em: 04.03.2023.

1531 BRASIL. TJ-AM 02563678920118040001 AM 0256367-89.2011.8.04.0001, Relator: Airton Luís Corrêa Gentil, Data de Julgamento: 05/11/2017, Terceira Câmara Cível). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/533766087>; No mesmo sentido: TJ-SP - AC: 10000466220198260565 SP 1000046-62.2019.8.26.0565, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 30/07/2020, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/07/2020). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/896750046>

1532 BRASIL. TJ-SP - APL: 30010419320138260648 SP 3001041-93.2013.8.26.0648, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 29/04/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/04/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/184863868>; TJ-SP - APL: 00092525620108260073 SP 0009252-56.2010.8.26.0073, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 09/04/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/04/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/120915947>; TJ-SP - AC: 00006418120128260223 SP 0000641-81.2012.8.26.0223, Relator: Rebouças de Carvalho, Data de Julgamento: 19/02/2020, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/02/2020). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/813158670>.

1533 BRASIL. TJ-DF 07047083320218070006 1432379, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 29/06/2022, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: 01/07/2022). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1687124313>; TJ-PR - AI: 00072763720188160000 PR 0007276-37.2018.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, Data de Julgamento: 18/05/2018, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/06/2018). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/835436772>

1534 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime, 2ª parte. Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1993. p. 16-40.

acusatório, seja porque mitigada a presunção de inocência, seja porque resta agilizada a aplicação das medidas direcionadas à *accountability*.

Por força da aparente proximidade ôntica entre o direito administrativo sancionador e a teoria da cegueira deliberada, certos setores da doutrina sustentam que esta última seria, na verdade, um método de busca mais eficiente por resultados no âmbito da persecução penal, por facilitar a produção probatória a partir de uma lógica menos garantista. Demais disso, havendo menor rigor para comprovação da culpa na seara da responsabilização administrativa, com alguma frequência são chamados a responder pelo ilícito outros indivíduos, além do autor material do crime, e idêntico fenômeno se observa nas ações de improbidade administrativa. Em paralelo, o estudo da cegueira deliberada em sentido estrito, por sua estrutura composta por dois atos distintos em origem e no tempo, atrai reflexões sobre a teoria das ações neutras, e igualmente sobre o instituto da cumplicidade. E tal percepção fica mais transparente na medida em que um dos principais debates da ignorância deliberada é sobre a causalidade direta provocada pelo autor que se pôs (ou foi posto) em situação de ignorância (ativa ou passivamente)¹⁵³⁵; e um dos principais debates da cegueira deliberada em sentido estrito é sobre a influência do ato de um sujeito, frente à consecução de um ato posterior, o que nos remete ao raciocínio acerca de cumplicidade.

Tomando por premissa que a cumplicidade representa a contribuição para que terceiro cometa um ilícito¹⁵³⁶, é necessário admitir que nem toda participação na cadeia causal implicará coautoria delitiva, sob pena de restar inviabilizada a vida em sociedade. Precisamente por isso, se faz necessário perquirir se a ação de obscurecimento adotada pelo agente que busca evitar conhecimento, e subsequente responsabilização penal, efetivamente pode ser aceita como contribuição para o delito posterior, sob a forma de participação delitiva¹⁵³⁷. Relembre-se que, de acordo com a teoria da imputação objetiva, autor é aquele que causa um resultado juridicamente desaprovado, mediante a criação de um risco não permitido. *Mutatis mutandi*, se o indivíduo adota comportamento criador de riscos permitidos, não deverá ser admitido como autor direto do evento, ainda que possa ter contribuído significativamente com um resultado alheio e, em determinadas situações, possa ser punido

1535 Pouco se fala da autoria intelectual do delito, embora seja o exemplo clássico da cegueira deliberada a partir da situação em que a pessoa que entrega a mala para o sujeito sem identificar-lhe o conteúdo. Assim, o causador primário da situação de delito, muito comumente sai incólume da empreitada, restando a punição para aquele que cumpriu um papel secundário (porém, fundamental).

1536 Na ignorância deliberada é o próprio autor do ato de obscurecimento quem praticará o ato, descabendo debates sobre cumplicidade.

1537 Seguramente não se está tratando de delito autônomo de atos preparatórios, por inexistência de previsão legal. A alternativa seria a regulamentação e eventual sanção administrativa.

pelo caráter reprovável de seu auxílio. Quanto ao ponto, Luís Greco¹⁵³⁸ adverte que a criação de um risco juridicamente desaprovado por parte de um terceiro não envolvido diretamente com o delito, mas que contribua idoneamente com o acontecimento do fato, pode ser objeto de reprovação. Pondera o respeitado jurista que, se é certo que todo auxílio importa em uma criação de risco, é igualmente correto que nem todo o risco criado ostenta o predicado de proibido¹⁵³⁹, e é nessa seara que ganha corpo a teorização sobre as ações ditas neutras.

Inobstante o estudo sobre as ações neutras, e seus reflexos sobre o tipo penal do branqueamento, sejam objeto de análise mais aprofundada no penúltimo capítulo deste trabalho, desde já se mostra necessário abordar o tema pelo fato de que algumas condutas anteriores (de obscurecimento) terminam por favorecer um resultado jurídico danoso, e por força disso, podem ser reputadas como geratrizes de riscos proibidos. Exemplificativamente, admitamos que após o término de sua jornada de trabalho, um médico saia do hospital pela porta dos fundos. Tal conduta, isoladamente considerada, não pode ser admitida como suficiente para gerar responsabilização criminal do aludido médico em face do óbito de algum paciente eventualmente ocorrido em sala de espera situada na parte frontal do nosocômio. Com efeito, ainda que se possa deduzir que o médico optou sair de seu local de trabalho pelos fundos, após exaustivo plantão, tenha se valido de tal estratégia como forma de não cruzar com mais pacientes e, assim, puder recompor suas energias por meio de descanso, não parece razoável responsabilizar tal médico como partícipe de eventual morte de paciente ocorrida na sala de espera do hospital. Demais disso, adotando a lógica da identidade normativa da sociedade, tem-se que a ausência de regras estatais específicas sobre mudanças de turno e períodos de descanso de profissionais da saúde autoriza o profissional médico (ou respectivos auxiliares) a deixar seu posto, após exaurida sua jornada de trabalho. Aliás, entende Jakobs que, ao assim proceder, o médico não terá violado seu papel social, eis que terá cumprido adequadamente seu turno de trabalho, do modo que caberá à administração do hospital dispor de profissionais de saúde que possam concorrer à escala de trabalho, de molde a manter a continuidade do atendimento, sem impedir o direito ao descanso dos profissionais que concluíram seus expedientes profissionais.

Em todo caso, persiste a dúvida, se a ausência de certificação de que havia outros profissionais médicos no recinto, antes do médico deixar seu local de trabalho, seria suficiente para gerar um risco proibido. Para Schumann¹⁵⁴⁰, a resposta seria negativa, em face do

1538 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 15-16.

1539 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 16.

1540 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 45.

princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual cada indivíduo é responsável exclusivamente por suas próprias ações, de modo que somente se poderia atribuir responsabilidades em tais circunstâncias se houver tomada de posição em favor do injusto, ou seja, uma solidarização com o fato. Em reforço argumentativo, Luís Greco¹⁵⁴¹ adverte que, para existir solidarização, é necessário proximidade com o fato, razão por que ações praticadas muito antes da fase executória do delito, dificilmente podem ser consideradas cumplicidade punível. Portanto, nessa ordem de ideias, Greco¹⁵⁴² assinala que ações neutras seriam contribuições a fato ilícito alheio que pareçam inicialmente normais do ponto de vista social, ou seja, não manifestamente puníveis.

Aliás, variados juristas de escol já se ocuparam do tema, e em busca de delimitar o conceito de ações neutras, Hassemer¹⁵⁴³ sustenta que são condutas inseridas num contexto de adequação profissional e por isso não podem ser consideradas cumplicidade; Weigend¹⁵⁴⁴, por seu turno, assinala que quanto mais inofensiva for a ação, maior deve ser a eficácia facilitadora do fato principal; Lünderssen¹⁵⁴⁵ pondera que muitas ações neutras são autênticas omissões, havendo necessidade de criação de dever especial de agir, ou uma posição de garante para haver reprovabilidade; ao passo que Löwe-Krahl¹⁵⁴⁶ reputa que os cursos causais hipotéticos que representam contribuições muito distantes da ação principal não são perigosas para bens jurídicos; Frisch¹⁵⁴⁷ alimenta a ideia de uma proibição penal idônea, necessária e adequada para proteção de bens jurídicos, com sentido delitivo; Roxin¹⁵⁴⁸ alude à participação, com ou sem certeza do propósito, do autor principal, e com amparo no princípio da confiança, sustenta que a reprovabilidade só tenha lugar diante da certeza do sentido delitivo da conduta; e finalmente, Wohlers¹⁵⁴⁹ argumenta que há reprovabilidade diante de um dever de proteção a bem jurídico, em decorrência de manifestação de vontade delitiva cumulada com a violação de uma norma de cuidado. Conclusivamente, o traço comum em todas as concepções é no sentido de ser necessário identificar um liame de auxílio intencional entre a conduta auxiliar anterior e a conduta principal posterior, para que se possa extrair um

1541 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 46.

1542 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 110-111.

1543 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 51.

1544 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 55.

1545 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 58.

1546 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 62.

1547 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 73.

1548 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 81-84.

1549 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 93-94.

nexo de causalidade entre ambas, ou para que se possa perceber uma dispensabilidade de uma em relação à outra.

Propõe Luís Greco¹⁵⁵⁰ que o critério basilar para identificação de ações reputadas neutras seja o princípio da proporcionalidade, e quanto a isso argumenta que “a exigência da idoneidade da proibição significa que só haverá risco juridicamente desaprovado se a não-prática da ação proibida representar uma melhora relevante à situação do bem jurídico concreto”. Por outro lado, Flávio Pereira¹⁵⁵¹ assinala que os conhecimentos especiais do agente retiram a neutralidade da conduta, colocando-a como relevante penal, e nesse sentido estariam tanto a cegueira deliberada em sentido estrito, ou qualquer participação ou ato de cumplicidade, como forma de participação no crime perpetrado pelo autor principal. Assim, sob tal prisma, é possível que a análise das situações de cegueira deliberada em sentido estrito tenha sido mal calibrada por certa parcela da doutrina, a qual busca inserir a teoria nos contornos do tipo subjetivo, quando talvez devesse tratá-lo dentro dos limites do tipo objetivo, notadamente como coautoria e participação. Greco adverte que talvez seja mais adequado abandonar uma proposta de equivalência entre os estados anímicos de cegueira deliberada e dolo de segundo grau, para examinar o comportamento como uma questão de cumplicidade, e com isso, poder aferir se o comportamento eventualmente caracteriza uma ação neutra, com a aparente vantagem de que essa opção excluiria a subjetividade e algum esforço do julgador em atribuir carga subjetiva a algo que já tem solução pela via dogmática¹⁵⁵². Nesse cenário, a lógica adotada pelo MPC, ao delimitar os contornos do conceito de “alta probabilidade”, e que foi assimilada por diversos estados, resultaria inócua, por ter posicionado a *willful blindness* dentro do elemento subjetivo do tipo. Na verdade, a “alta probabilidade” deveria ser admitida tão somente como critério de identificação e ponderação de riscos gerados pelas condutas.

1550 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p.142-143.

1551 PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Síntese. v. 1. n. 1, abr./mai. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3652/as-aco-es-cotidianas-no-ambito-da-participacao-delitiva>. Acesso em: 02.03.2023.

1552 Invocam-se as lições de Weigend, segundo o qual entregar ao tipo subjetivo a tarefa e identificar ações permitidas e ações proibidas seria como criar um Direito Penal de ânimo (GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 116).

e) Positivação dos deveres de conhecimento

Certa parcela da doutrina se opõe à inserção da cegueira deliberada em sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, precisamente porque estes já contemplam tipos penais em que existe expresso dever de conhecimento. Por consequência, reputam que seria inadmissível conferir ao juiz um instituto que permita ampliar o elemento subjetivo, tampouco que permita rotular como dolosas situações de desconhecimento. Debate similar tem sido travado em relação ao cabimento de dolo eventual nos crimes de branqueamento, pois para alguns, no Brasil, o referido tipo penal somente se perfaz mediante dolo direto¹⁵⁵³, enquanto outros entendem ser possível seu cometimento por meio de dolo eventual¹⁵⁵⁴, caracterizado a partir da mera suspeita da origem ilícita dos recursos operados. Nesse embate, uma concepção confere ao juiz maior poder discricionário de interpretação da lei, ao passo que a outra atribui prevalência à determinação legislativa. Nessa trilha de entendimento, argumenta-se que só existiria coerência do instituto da cegueira deliberada em sentido amplo se o mesmo for aplicável para qualquer caso, mas objeta-se que isso poderia fragilizar o garantismo penal. Aliás, quanto ao ponto, Salo de Carvalho¹⁵⁵⁵ argumenta que “a teoria do delito cria equívocos de ordem normativa (falácia metafísica) e a jurisprudência incorre em uma falácia empirista, pois não é crível que de dados objetivos se projetem elementos

1553 BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. Ob. cit., p. 59; CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei nº 9.613/98. Ob. cit., p. 164; PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 21; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. Ob. cit., p. 137; REALE JÚNIOR, Miguel. Figura típica e objeto material do crime de “lavagem de dinheiro”. Ob. cit., p. 559-575.

1554 MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. Ob. cit., p. 88; BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 6; DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Ob. cit., p. 188; MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 62; DELMANTO, Roberto (et al.). Leis penais especiais comentadas. Ob. cit., p. 559-564; DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Ob. cit. p. 49; OLIVEIRA, William Terra, A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98, de 1º de março de 1998. Ob. cit., p. 112-129; PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual. Ob. cit., p. 32-44. Pierpaolo Bottini relembra que a Convenção de Varsóvia assinala a possibilidade de branqueamento de capitais por meio de dolo eventual: “Nesse sentido, a Convenção de Varsóvia (2005) indica que os Estados-membros da Comunidade Europeia podem tomar medidas para entender como crime os casos de lavagem em que o agente suspeitava da origem ilícita dos bens ou deveria conhecer a origem ilícita dos bens, indicando a possibilidade da prática do crime a título de dolo eventual ou mesmo de imprudência (artigo 9, 3)” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. Ob. cit., p. 112).

1555 CARVALHO, Salo. Dolo Eventual, Frank e suas Fórmulas. Net. março. 2011. Disponível em: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/2011/03/dolo-eventual-frank-e-suas-formulas.html>. Acesso em 04.03.2023.

subjetivos”. Por isso, sugere a redução dos amplos espaços de discricionariedade criados pelas fórmulas abertas do direito penal, num esforço em prol da utilização de conceitos menos obscuros possíveis.

Segundo a percepção de Luís Greco¹⁵⁵⁶, a permissividade para que o juiz aplique livremente institutos expansivos importaria em fragilizar a separação de poderes, em mitigar a importância da criação legislativa, mas ainda em agredir a lógica da taxatividade e o princípio do *favor rei*. Jakobs¹⁵⁵⁷ agrega ainda que no dolo inexiste mais dever do que o que surge na norma, e só esse dever se infringe.

De fato, no plano do ordenamento brasileiro se observa, tanto em legislação penal extravagante¹⁵⁵⁸, quanto no próprio CPB, no bojo do qual o legislador inseriu, por vezes, e de forma expressa, o conhecimento como elemento do tipo, tal como se verifica: a) nos arts. 234-A, IV e 316, que apresentam a expressão “sabe ou deveria saber”, b) nos arts. 130 e 180, §1º, que apresentam a expressão “deve saber”, c) no art. 138, §1º, que apresenta a expressão “sabendo”, d) no art. 174, que exibe a expressão “devendo saber”; e) no art. 245, que consigna a expressão “saiba ou deva saber”; f) no art. 324, que ostenta a expressão “saber”; g) no art. 334, §1º, incisos III e IV, que apresenta a expressão “sabe ser”, h) nos arts. 339 e 340, que exibem a expressão “sabe”.

Nesse cenário, é razoável inferir que se um ordenamento jurídico possui tipos penais que assinalam deveres de conhecimento específicos em determinados tipos penais, isso importa admitir que existem hipóteses especiais em que o legislador decidiu frisar a necessidade de conhecimento real, e não apenas potencial. *Mutatis mutandi*, e partindo da premissa de que a lei não possui palavras inúteis, é razoável ponderar que nos demais tipos penais, cuja descrição não contemplou expressões como tais, seria suficiente comprovar a presença de um conhecimento potencial.

É curioso observar que, relativamente aos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional¹⁵⁵⁹, se mostra amplo e convergente o esforço político mundial para alargamento dos casos de identificação e responsabilização, e nesse cenário o embate entre conhecimento

1556 No mesmo sentido, porém tratando de cumplicidade: LÜDERSEN, Klaus. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*. In: SAMSON (et. al.). *Festschrift für Grundwald*. Baden Baden: Nomos, 1999. p.329 e ss. *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 57-61.

1557 JAKOBS, Gunther. *Strafrecht. Allgemein Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991 *apud* *El dolo eventual-Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ob. Cit., p. 402.

1558 BRASIL. Lei 8.078/90: art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

1559 Até março de 2023 havia 123 (cento e vinte e três) Estados aderentes ao Estatuto de Roma. Disponível em: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc>. Acesso em: 04.03.2023.

efetivo e conhecimento potencial perde forças, pelo menos para os 123 (cento e vinte e três) Estados aderente ao Estatuto de Roma, em cujo art. 28, voltado a disciplinar a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, restou positivado que “O comandante militar ou o indivíduo que atue efetivamente como comandante militar será responsável penalmente pelos crimes sob a jurisdição do Tribunal que tiverem sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre as forças quando: aquele comandante militar ou indivíduo sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que as forças estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e aquele comandante militar ou indivíduo não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução. No que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no parágrafo 1º, o superior será responsável penalmente pelos crimes sob a jurisdição do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando: tinha conhecimento, ou de forma deliberada, não levou em consideração informações que indicavam claramente que os subordinados estavam cometendo tais crimes ou se propunham cometer tais crimes; os crimes guardam relação com atividades que estavam no âmbito efetivo da responsabilidade ou controle do superior; e o superior não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução”.

Conclusivamente, e cotejando as correntes doutrinárias favoráveis e refratárias à cegueira deliberada, é possível extrair três postulados: a) quando subsiste um esforço punitivo de maior envergadura, a aplicação da *willful blindness* se revela muito útil à política criminal de um Estado; b) a forma de fazer valer tal mecanismo de responsabilização é positivada para garantir sua aplicação; c) havendo interesse político-criminal, o ordenamento jurídico imputa de forma expressa ao agente criador da situação de ignorância um papel de garante. Eis as razões pelas quais correntes penais garantistas costumam rejeitar a aplicação do instituto da cegueira deliberada.

Apenas para densificar o tema, e em defesa da exigência de um conhecimento efetivo (e não apenas potencial) em alguns tipos penais, tais como o de denúncia caluniosa (CPB,

art. 339), Juliana Rossi¹⁵⁶⁰ pondera que “é preciso ter sempre em mente que o delito de denúncia caluniosa exige dolo direto, conforme se depreende da expressão contida no tipo ‘crime de que o sabe inocente’. O tipo exige que o agente saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação é falsa, agindo, assim, de má-fé. Hungria afirma que a denúncia deve ser objetiva e subjetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. (...) Não é suficiente aqui o dolo eventual, isto é, não basta que o agente proceda na dúvida de ser, ou não, verdadeira a acusação: é necessária a certeza da inocência do acusado. Nem basta o dolo superveniente. Do contrário, estar-se-ia a reproduzir uma persecução penal nos exatos moldes kafkianos do processo”. Destarte, é forçoso admitir que se alguns tipos penais, por sua exigência de conhecimento efetivo, afastam a possibilidade do cometimento por meio de dolo eventual, que é elemento subjetivo mais complexo que a cegueira deliberada, por maior motivo, esses mesmos tipos penais seriam incompatíveis com o estado de cegueira deliberada.

Segundo Ragués i Vallès¹⁵⁶¹, quando o tipo penal contém a expressão “*a sabiendas*”, ele evidencia severa situação de incompatibilidade com a teoria da cegueira deliberada, eis que tal expressão assinala a exigência de elementos subjetivos especiais, e por derivação, revela diferenças valorativas para certos tipos penais frente a outros, mesmo sem justificativa aparente. Portanto, isso implicaria a necessidade de se buscar o senso comum dos tipos penais, interpretando a expressão de modo generalizado, como simples dolo, e assim ampliando o espectro de incidência do dolo eventual e da cegueira deliberada para todos os delitos. Sob esse prisma, a expressão “*a sabiendas*” seria uma mera atecnia do legislador, a ser contornada por meio da liberdade interpretativa do juiz. Entretanto, a inexistência de uma fórmula genérica imobiliza o juiz diante das inúmeras estratégias processuais possíveis à defesa técnica do arguido para enfrentar uma acusação baseada na aplicação da cegueira deliberada, especialmente se tomado em consideração o alerta de Jakobs¹⁵⁶², segundo o qual é inadmissível um dever de evitação de resultado especificamente lastreado na capacidade de previsão individual, posto que a ideia da evitabilidade individual escapa de parâmetros objetivos e incita insegurança, forçando uma aplicação de elemento subjetivo de volta ao conceito de culpabilidade.

1560 ROSSI, Juliana Ferreira. A nova denúncia caluniosa. In: Boletim IBCCrim. n. 104. São Paulo: IBCCrim, jul. 2001. p. 12-13. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim104.pdf>. Acesso em: 04.03.2023.

1561 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La ignorância deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 105-106.

1562 JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 114.

f) Fronteiras diante do erro de tipo

O objeto deste capítulo não poderia tangenciar o exame dos contornos do instituto do erro de tipo, eis que o dolo exige conhecimento, e este é traduzido pela percepção da realidade cognoscível pelo sujeito cognoscente, mas também pela interpretação que é feita dessa realidade, e pela ação subsequente. Portanto, tal qual a cegueira deliberada, o erro pode incidir sobre os mesmos elementos objetivos do tipo. Frise-se, à partida, que contrariamente ao que se observa no plano do direito penal, no direito civil brasileiro erro e ignorância recebem o mesmo tratamento jurídico¹⁵⁶³. Assinala a doutrina que a expressão “erro” corresponde a uma falsa representação da realidade, vale dizer, consiste na ideia de que alguém tem uma percepção da realidade ao seu redor (fato positivo), aliada à consciência de que tal realidade eventualmente pode se encaixar no elemento normativo ou descritivo do tipo, mas o sujeito interpreta incorretamente essa realidade fática. Luís Flávio Gomes¹⁵⁶⁴ aduz que o erro pode ser compreendido como o desconhecimento da realidade a seu redor, e Pérez Barberá¹⁵⁶⁵ acrescenta que se trata de um desconhecimento não irracional do risco criado.

Para densificar o instituto do erro, ponderável parcela da doutrina se vale do clássico exemplo do caçador que acredita ter atirando contra uma caça quando, na verdade, disparou contra seu companheiro de caçada que estava camuflado. Na situação hipotética, o caçador naturalmente está consciente da relação da causalidade entre o deflagrar do gatilho, e compreende igualmente que atirar voluntariamente contra um ser humano corresponde ao tipo penal do homicídio doloso, entretanto, ao divisar certo movimento numa moita, interpreta que o mesmo foi produzido por sua caça, e por isso efetua o disparo, mas o alvo atingido foi um outro caçador. Nesse cenário o erro se consolida porque, na percepção do caçador, ele estava atirando em “algo”, e não em “alguém”. Assim, pondera Bitencourt¹⁵⁶⁶ que se verificou erro no processo psicológico, o qual foi derivado de erro na conduta pretérita, não suficientemente cautelosa, e ocasionou uma conduta dolosa posterior, causada pelo próprio agente, numa lógica preterdolosa. Por negligência investigativa, seguida de conclusão equivocada, o caçador terá agido dolosamente em erro. É certo que, em tais circunstâncias, a reprovabilidade

1563 Para o direito civil brasileiro, erro e ignorância são sinônimos. Nesse sentido assinala a seção I do capítulo IV do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) que versa sobre os defeitos no negócio jurídico.

1564 As teorias que diferenciavam o conceito positivo de erro com o conceito negativo de ignorância não prosperaram, restando a teoria unificadora (GOMES, Luís Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 26).

1565 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 51.

1566 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição. uma análise comparativa. Ob. cit., p. 79.

que recai sobre o agente pode ser mitigada pela afetação que tais erros geram no elemento do tipo. Considerando que dolo é traduzido pela vontade de realizar o tipo objetivo, mas tal propósito é permeado pelo conhecimento das circunstâncias elementares no caso concreto¹⁵⁶⁷, a situação de erro nele impacta diretamente.

Mirabete¹⁵⁶⁸ destaca que o erro de tipo pode ser essencial, quando recai propriamente nos elementos do tipo, ou acessório, quando incide sobre circunstâncias acessórias da pessoa ou da coisa, estranhas ao tipo. Além disso, o erro de tipo pode ser vencível, quando poderia ter sido objetivamente evitado por um homem médio prudente, agindo com o devido cuidado, mas é reputado invencível, quando foge da possibilidade preventiva do homem médio, ou quando as circunstâncias fáticas evidenciam que o sujeito adotou as cautelas devidas. Postos tais conceitos, admita-se por hipótese que o erro de tipo inclua uma situação de ignorância vencível. Nesse cenário cabe indagar se há distinção entre o erro e o estado de cegueira deliberada.

Para Callegari, subsiste uma diferença inicial e fundamental, eis que na doutrina continental, a identificação do erro de tipo nega o quadro de representação exigido para a cristalização do dolo¹⁵⁶⁹, ao passo que na situação de cegueira deliberada, pelo menos a partir dos precedentes da jurisprudência brasileira, espanhola e norte-americana, implica a mesma representação requerida para o dolo¹⁵⁷⁰. Por isso, a ignorância geratriz de erro afasta o dolo, mas permite a tipificação da conduta como culposa, desde que tal modalidade esteja contemplada no ordenamento respectivo. Eis o motivo pelo qual sustentam alguns juristas que a cegueira deliberada em sentido estrito ostenta a mesma aparência da conduta culposa¹⁵⁷¹, porquanto deriva da omissão de um dever de cuidado (ou alta probabilidade negligenciada), mas, apesar disso, a presença de tal estado anímico é interpretada como conduta dolosa. Daí porque certo segmento doutrinário compreende que ignorância deliberada corresponderia a um *tertium genus*, cuja reprovabilidade é superior àquela da conduta culposa, mas inferior que aquela do comportamento doloso.

1567 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição. uma análise comparativa. Ob. cit., p. 43.

1568 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 166.

1569 CALLEGARI, André Luís, O erro de tipo no delito de lavagem de dinheiro, 2002. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/artigo/741-Artigo-O-erro-de-tipo-no-delito-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 05.03.2023. No mesmo sentido: JESCHEK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, v. 1. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

1570 Dolo direto de segundo grau, para os sistemas da *common law*, e dolo eventual, para os sistemas da *civil law*.

1571 Dentre outros, Margareth Alonso Álamo defende expressamente tal situação (JUBERT, Ujala Joshi. *La doctrina de la “actio libera in causa”*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 8).

Cezar Bitencourt¹⁵⁷² adverte, contudo, que se o processo intelectual-volitivo não atinge um dos componentes da ação, o dolo não se aperfeiçoa, mas no estado de cegueira resta justificada uma elevação da reprovabilidade porque a conduta do agente cria um risco ou, pelo menos o potencializa, em razão de sua desídia. E acerca da vencibilidade do erro, aduz Mercedes Álamo¹⁵⁷³ que as características da cegueira deliberada em sentido estrito parecem desafiar a compatibilidade. A ignorância é criada e, portanto, a deliberação por si só, parece ter em si inerente a característica da evitabilidade. Só se pode decidir por ignorar algo que se sabe existir. E não se pode alegar ignorância verdadeira sobre fato identificado.

Noutro giro, um segmento da doutrina um tanto refratário objeta que uma análise *ex post* poderá concluir pelo fato de que, ainda que o agente (propositadamente autoinserido em posição de ignorância) tivesse buscado investigar sua suspeita, ainda assim não conseguiria alcançar o conhecimento necessário para impedir o resultado, ou perceber que a conduta refletiria elemento do tipo e restringir sua ação, isto sob a invocação do argumento de que a informação deliberadamente ignorada deve estar disponível e ser de acesso simples. Argumenta-se que informações que exijam conhecimentos especiais ou habilidades superiores àquelas próprias do homem médio são reputadas inatingíveis e, por isso mesmo, a deliberação de ignorá-las deve ser admitido como um comportamento jurídico-penal irrelevante porque configuram desconhecimento autêntico e incontornável, mesmo que tal ignorância seja proposital. Aliás, nesse sentido pondera Bitencourt¹⁵⁷⁴ que “a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo”.

Acerca da questão da vencibilidade do erro, em cotejo com a consciência da alta probabilidade, própria da cegueira deliberada em sentido estrito, dispõe o MPC que a sinceridade da ausência de previsibilidade do resultado danoso tem potencial para descaracterizar o estado de cegueira deliberada como intenção. Nesse sentido, assinala a Seção 2.02(7) que “quando o conhecimento da existência de um fato particular é elemento de uma ofensa (elemento objetivo), tal conhecimento é estabelecido se a pessoa está ciente da

1572 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição. uma análise comparativa. Ob. cit., p. 44-45.

1573 ÁLAMO, Mercedes Alonso. *La Acción Libera in Causa*. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 42. n. 1, 2017. p. 80. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaAccionLiberaInCausa-46340.pdf>. Acesso em: 05.03.2023.

1574 BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição. uma análise comparativa. Ob. cit., p. 47; RAGUES I VALLES, Ramon. *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 107.

alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe”¹⁵⁷⁵. Daí se percebe que a situação de exceção, contemplada na parte final da aludida subseção 7, guarda significativa proximidade com a situação de erro normativo, e daí deriva a obrigatoriedade do dever de cuidado. Destarte, tanto os sistemas jurídicos anglo-americanos, quanto os sistemas romano-germânicos, admitem ser possível conceber que o indivíduo tenha levado adiante seu comportamento, acreditando de forma sincera não deter obrigação de aferir uma suspeita, mas não explicam adequadamente como seria possível averiguar com segurança que o agente acreditou sinceramente na inocorrência de uma elevada probabilidade do resultado lesivo.

Cabe ainda refletir sobre a possibilidade de que o erro de tipo ocorra nos crimes omissivos impróprios, desde que o agente desconheça sua posição de garantidor. Nesse pormenor, Alberto Puppo¹⁵⁷⁶ assinala que “a vencibilidade de um erro depende de muitas circunstâncias objetivas (relativas a outros fatos relacionados com o fato, sobre o qual o agente se equivoca) e subjetivas (relativas às capacidades do agente para reconhecer e, dependendo do caso, corrigir tais erros), o que projeta uma inquietante sombra sobre a responsabilidade penal”. Para exemplificar a situação, imagine-se que um advogado seja contratado para prestar consultoria sobre a elaboração de uma estratégia jurídica, e crendo que se trata de um fato corriqueiro, o advogado decide realizar o trabalho, mas algum tempo depois vem a descobrir que a estratégia jurídica por si concebida foi utilizada para consecução de um esquema criminoso. Nesse cenário, surgem duas alternativas: a) o advogado errou por não ter acreditado ou considerado que a consultoria se tratava de método de auxílio a uma empreitada criminosa; b) o advogado propositadamente cerrou vistas para a origem do cliente, bem assim para seus propósitos e intenções que apresentavam indícios de serem criminosos, e com isso alcançou os generosos honorários que lhe foram propostos, para contribuir com os objetivos espúrios do freguês delinquente.

Admitir a conduta do advogado como uma ação permeada por erro vencível importaria na consequência jurídica de que o mesmo fosse chamado a responder por um crime culposos, caso tal modalidade esteja prevista em lei. Entretanto, caso o advogado tivesse desconfiado de que estava sendo instrumentalizado pelo cliente para a consecução de um crime, e ainda assim realizasse a consultoria, haveria de responder por crime doloso, ante a incidência da teoria da cegueira deliberada. Contudo, tal posição se mostra equivocada para Ujala Jubert, pois para a

1575 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Model Penal Code*. Section 2.02(7). Disponível em: <https://opencasebook.org/casebooks/6141-tanaka-criminal-law-casebook/resources/6.1.1-model-penal-code-mpc-202-general-requirements-of-culpability-mens-rea/>. Acesso em: 05.03.2023.

1576 PUPPO, Alberto. Ob. cit., p. 39.

a jurista catalã “quando um sujeito lesiona um bem jurídico em erro de tipo, mas resulta que ele mesmo tenha provocado se encontrar na situação de conhecimento, em um momento anterior, ainda que não infrinja um dever, é certo que infringe uma obrigação. Nesses casos, o correto deve ser acudir-se à imputação extraordinária, a qual permite imputar o fato de forma excepcional. Com efeito, de acordo com essa postura, nos casos em que falta *in actu* o dolo, cabe discutir se concorre imprudência. Pois, por esta perspectiva, a imprudência é um subrogado do dolo, ou seja, a imprudência é tudo, desde o desconhecimento das circunstâncias relevantes ao fato que lesione uma obrigação, lesão que houvera podido evitar-se, e que entra em cena quando o dolo está ausente”¹⁵⁷⁷.

Destarte, ao cotejar os institutos do erro de tipo e da *willful blindness*, o julgador brasileiro se vê diante de uma aparente encruzilhada, tendo diante de si duas alternativas: a) admite o estado a cegueira deliberada como um simulacro de erro e suas consequências culposas; b) adota as premissas da *ignorantia affectada*, própria do direito canônico, e interpreta o estado de desconhecimento proposital como hipótese de dolo eventual. Em todo caso, sustenta Spencer Sydow¹⁵⁷⁸ que qualquer uma das alternativas evidencia uma fragilização do instituto do erro de tipo, eis que altera a lógica da situação de ignorância, tal como delineada pelo art. 20 do CPB, de molde a conferir tratamento mais severo ao arguido. Entretanto, é necessário reconhecer que a conclusão do jurista paulista se afigura um tanto equivocada, sobretudo porque parte da premissa de que há uma zona de interseção entre o erro de tipo e a cegueira deliberada estrito senso.

Na verdade, não se pode confundir uma situação de erro legítimo, ainda que vencível, com uma postura de deliberado autoengano. É necessário estar atento à providencial advertência de Eduardo Giannetti¹⁵⁷⁹, quando alude ao choque entre as características epistemológicas do autoconhecimento interior e a presença insinuante de forças psicológicas poderosas, que convertem a busca do conhecimento numa empreitada difícil e escorregadia. O respeitável cientista social e economista mineiro (recentemente admitido como membro da

1577 “Cuando un sujeto lesiona un bien juridico en error de tipo, pero resulta que él mismo ha provocado, en un momento anterior, encontrarse en la situación de desconocimiento, si bien no infringe ningún deber, lo cierto es que infringe una obligación. En estos casos, lo correcto debe ser acudir a la imputación extraordinaria, la cual permite imputar el hecho de forma excepcional. En efecto, de acuerdo con esta postura, en los casos en que falta *in actu* el dolo sólo cabe discutir si concurre imprudencia. Pues, desde esta perspectiva, la imprudencia es un subrogado del dolo, es decir, la imprudencia es todo des conocimiento de las circunstancias del hecho relevantes que lesione una obligación, lesión que hubiera podido evitarse, y que entra en escena cuando el dolo está ausente” (JUBERT, Ujala Joshi. *La doctrina de la “actio libera in causa”*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992. p. 85).

1578 SYDOW, Spencer Toth. A teoria da cegueira deliberada. 1. ed. Belo Horizonte: D’ Plácido, 2019. p. 194.

1579 GIANNETTI, Eduardo. Autoengano. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 106-107.

Academia Brasileira de Letras) pontua ser espantosa a quase irrefreável propensão humana, presente em certa medida e em pontos sensíveis de cada indivíduo, de fechar a porta da dúvida e perder inocentemente a chave. Acrescenta que “o autoengano não é a ignorância simples de não saber e reconhecer que não sabe. Ele é a pretensão ilusória e infundada do autoconhecimento, o imaginar que se é sem sê-lo, o acreditar convicto que seduz e ofusca, a fé febril que arrebatava, a certeza de saber sem saber”.

g) A proposta espanhola

A dogmática espanhola também procura definir os contornos da cegueira deliberada, e nessa tarefa naturalmente precisa levar em conta a interpretação jurisprudencial. Bem por isso, e atento aos julgados das Cortes espanholas, Ragués i Vallès¹⁵⁸⁰ salienta que os acórdãos emitidos em seu país e que versam sobre a *willful blindness* não se mostram suficientemente esclarecedores sobre os requisitos exigidos para equivaler a abstenção de conhecimento ao conhecimento efetivo. Por vezes, apontam para ocorrência de suspeita sobre alguma atividade ilícita, e em outras ocasiões assinalam que a alegação de ignorância do agente teria, se revela inverossímil. No confronto entre as duas situações, se extrai a definição que, no âmbito espanhol, a cegueira deliberada corresponderia à situação em que alguém, podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, toma deliberada ou conscientemente a decisão de manter-se na ignorância em relação a elas.

Certo segmento da doutrina insiste no argumento de que o Estado estaria apenas buscando se esquivar do ônus probatório sobre o elemento subjetivo do tipo, e por isso estaria manejando a teoria da cegueira deliberada como instrumento para isso. Argumenta-se que há uma presunção de intencionalidade do cometimento do delito. Questiona-se até que ponto é possível conferir deveres de conhecimento em uma sociedade que supostamente preconiza deveres de conduta. Na verdade, tais assertivas se mostram um tanto exageradas, e caso fossem prevalentes, o princípio da licitude há muito teria sido abandonado nas sociedades contemporâneas. Com efeito, é preciso perceber que as hipóteses referidas por Ragués i Vallès (suspeita sobre alguma atividade ilícita, ou alegação de ignorância do agente teria se revelado inverossímil) não são excludentes entre si, e ainda que algumas delas tenha se mostrado prevalente em determinados acórdãos das Cortes espanholas, é possível (senão mesmo provável) que isso tenha decorrido das circunstâncias fáticas do caso concreto posto em

1580 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *La ignorância deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 158.

julgamento, seja porque não existem condutas neutras de *per se*, seja porque o recurso à mentira é usado por toda a humanidade desde tempos imemoriais. Portanto, é perfeitamente possível que o agente chamado a realizar determinada ação desconfie dos propósitos do contratante, inclusive por força dos conhecimentos especiais que detém, e acabe percebendo (com certeza ou com alta probabilidade) que seu comportamento, caso concretizado, incidirá sobre o tipo objetivo. Caso o agente opte por não apurar mais detidamente as circunstâncias do fato, permanecerá em situação de suspeita porque ignorou propositalmente um conhecimento que lhe era disponível, e caso não tenha conseguido se manter distante do conhecimento, alcançará a certeza de que está sendo convidado a participar de uma empreitada ilícita. Nesse caso, a depender do incentivo externo (normalmente de cunho financeiro e em quantidade abundante), o agente levará adiante sua conduta, realizará a tarefa que lhe foi demandada, mas negará ter tido conhecimento *ex ante* sobre a ilicitude de seu comportamento. Nesse cenário, caso os agentes estatais de persecução decidam construir sua tese acusatória a partir do dolo psicológico, é certo que enfrentarão enormes dificuldades probatórias, sempre. Entretanto, se optarem pela prova do dolo normativo isto não implica dizer que estejam se furtando do ônus da prova.

Se existem dificuldades na identificação do estado anímico de cegueira deliberada, isso se deve primordialmente ao fato de que nem mesmo a neurociência (e menos ainda a ciência jurídica) encontrou instrumentos seguros para aferir a ocorrência de conhecimento efetivo dentro da psique do agente. Por outro lado, não é prudente ignorar os indícios de conhecimento, os quais se revelam quando o agente atua de modo premeditado ou indiferente, e cria mecanismos de evitação cognitiva que o afastem de um cenário de violação de dever de cuidado ou conhecimento. Por igual, não é prudente cerrar vistas para as hipóteses em que o agente tangencia certas cautelas que seriam suficientes para dissipar sua suspeita prévia, e confirmariam ou rechaçariam a consciência de que está sendo demandado a se comportar incidindo sobre um tipo penal objetivo. Sempre que tais situações se verificarem não será possível falar em ausência de conhecimento, mas sim em ignorância artificial, na qual o agente se aproveita de uma situação de falta de clareza estatal, no que se refere a expectativas de conduta dos indivíduos. Frise-se que podem se passar meses entre esse estado de cegueira artificial e a conduta futura que explicita o caráter ilícito da conduta do contratante que buscou a colaboração do sujeito em cegueira deliberada, e quanto maior for o intervalo de tempo, mais tênue será a relação causal entre a colaboração do ignorante deliberado e o criminoso que o contratou. Daí derivam majoritariamente as críticas de que haveria insegurança jurídica na aplicação da *willful blindness*.

Milhares de crimes são praticados e jamais descobertos. Outros crimes têm sua materialidade descoberta, mas a autoria permanece oculta. Em outros mais, existe identificação da materialidade, e da autoria de alguns dos comitentes, mas não de todos. É precisamente nesse segmento que se localiza o partícipe que opta pela condição de ignorante proposital. Por isso, se mostra irrelevante ao agente perceber que sua conduta integra ou não o conceito de tipo penal, se ele jamais for descoberto ou apanhado durante o *iter criminis*. Eis a razão de existir do debate, o qual só desperta interesse jurídico-penal quando o crime em execução não se consuma porque vem a ser descoberto pelas autoridades, e estas, na busca por elucidar a autoria, identificam indivíduos que tinham o domínio do fato, mas também identifica outros indivíduos que, em função de seus conhecimentos especiais, de seu *knowhow*, de sua *expertise*, foram instrumentalizados para executar determinada tarefa específica ou para cumprir uma missão, sem fazer incômodas perguntas, e naturalmente em troca de generosa vantagem financeira, pois, afinal de contas, não interessa àquele que detém o domínio do fato compartilhar conhecimentos específicos com os “homens da frente”. Interessa tão somente que estes executem com zelo e discrição as tarefas pelas quais estão sendo pagos. Aliás, ter consciência do contexto integral da empreitada criminosa é um luxo que não está “incluído no pacote” da contratação do serviço.

De fato, toda a responsabilização em situação de cegueira voluntária depende da descoberta do evento, e precisamente por isso se tem por robustecida a convicção de que tal estado anímico só se mostra compatível com delitos materiais¹⁵⁸¹. Aliás, nos delitos formais a graduação do dolo normalmente ostenta pouca relevância, eis que o legislador entendeu por reprimir a própria conduta, por reputá-la danosa, ainda que sem resultados efetivamente lesivos. Por exemplo, ao legislador é suficiente criminalizar o porte ilegal de uma arma de fogo, ainda que ela jamais seja disparada contra eventuais vítimas. Por igual, é suficiente criminalizar o depósito de estupefacientes, ainda que eles não cheguem a ser consumidos por viciados, e jamais ocasionem a morte de alguém por *overdose*. Além disso, lembre-se que a lógica própria da conduta em cegueira voluntária é de que se refere a uma conduta necessariamente composta, tendo um ato anterior (do partícipe instrumentalizado), e um ato posterior (do contratante criminoso), e só cabe falar em relevância jurídica do comportamento anterior quando se verifica nexo de causalidade entre as duas etapas do *iter criminis*. Destarte, o estado de cegueira proposital pode se caracterizar em ambos: a) quando alguém se insere em

1581 Spencer Toth Sydow entrevista Ramon Ragués i Vallès. In: Revista Liberdades. n. 17. São Paulo: IBCCrim, set./dez. 2014. p. 8-10. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7393>. Acesso em: 05.03.2023.

posição de cegueira, para evitar responsabilização por ato futuro ou por ato de terceiro; b) quando alguém pratica um ato que gera situação de ilicitude e um segundo indivíduo se posiciona em situação de autoengano para não conhecer adequadamente a situação.

É incontestado que há alentadas dificuldades probatórias em alguns delitos, dentre os quais o branqueamento de capitais, o tráfico de estupefacientes e os crimes financeiros, e especialmente nestes, quanto maior for o lapso temporal entre as ações dos agentes envolvidos, maior será a dificuldade de demonstração do elemento subjetivo. Nesse cenário, a produção da prova cabe aos agentes da persecução penal, assim como ao juiz cabe a valoração dessa prova. E por mais robusta que seja a prova é natural que a defesa técnica do arguido sempre a rotule como insuficiente, claudicante ou quebradiça. Portanto, não cabe ao juiz a ingente tarefa de convencer a defesa de que o arguido cometeu o crime. O único que deve ser convencido é o próprio órgão julgador, e para tanto lhe cabe assinalar as razões de seu convencimento, tanto sobre a materialidade, como sobre a autoria.

Quando se diz que compete ao julgador a demonstração inequívoca de cometimento de delito, e que para isso ele precisará indicar onde reside o elemento subjetivo, o que se está a dizer é que o juiz expõe às partes (acusação e defesa) qual o processo lógico-indutivo, ou qual processo lógico-dedutivo por meio do qual firmou seu convencimento, sua livre convicção motivada, e se a sentença condenatória precisa ostentar alguma capacidade de convencimento esta não será destinada ao órgão acusador, ou ao advogado defensor, mas sim aos órgãos julgadores das instâncias superiores, pois serão eles que, diante de eventuais recursos, conferirão méritos ou deméritos às razões de decidir declinadas pelo juízo de primeiro grau. Salvo quando o juiz se vê diante de provas abundantes, e da confissão explícita do arguido, na imensa maioria das vezes se mostra necessária a adoção de um caráter probabilístico de delito, o qual é potenciado pelo recurso interpretativo à lógica cognitiva do homem médio, e medianamente prudente. Para alguns, tal exercício interpretativo consiste em uma permissão para presumir o dolo do agente. Argumenta-se ainda que tal presunção também é invocada pelo Ministério Público, quando o mesmo formaliza a acusação contra o arguido, e que não deve se restringir à alegativa de que o acusado evitou conhecer as circunstâncias fáticas, ou não apurou suspeitas.

Sucedendo tal comparação, realizada de forma recorrente pela doutrina refratária à cegueira deliberada, se mostra um tanto imprudente ao comparar a função do julgador e do órgão acusador. Na verdade, muitos partem da premissa de que juiz e representante do Ministério Público agem juntos, numa espécie de conluio mórbido, para construir a condenação do réu. Trata-se de uma perspectiva fundamentalmente leviana, pois se o mais

celerado dos réus tem o direito da presunção de inocência, negar tal direito ao juiz, agente do Estado, representaria no mínimo uma postura autofágica. Por outro lado, os prismas de atuação do Ministério Público e do julgador são inteiramente distintos. Aquele, a exemplo do advogado defensor, escreve para convencer, produz provas nos autos para convencer, argumenta oralmente numa sessão de julgamento para convencer.

O juiz, a seu turno, não tem o ônus da prova, tampouco escreve para convencer a quem quer que seja (nem mesmo aos julgadores da instância superior). Na verdade, o juiz escreve para explicar os motivos pelos quais se deixou persuadir por esta ou por aquela tese, porque tal argumento mereceu prevalência sobre todos os demais, porque tal prova, ou tal conjunto de provas formaram um amálgama suficientemente robusto para evidenciar-lhe a presença de materialidade e autoria delitiva em desfavor de determinado arguido, mas não em desfavor de outro. Com efeito, enquanto acusação e defesa depositam suas “moedas probatórias e argumentativas” nos pratos da balança, o juízo é a própria balança, provida necessariamente com dois pratos dispostos em sentido opostos, para demonstrar que estão disponíveis a receber os subsídios (probatórios e argumentativos) de ambas as partes. Aliás, corroborando tais assertivas, ao apreciar o HC nº 73.338, o STF brasileiro proclamou certa feita que “a exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral”¹⁵⁸².

Então, no cenário do debate travado em torno do estado de cegueira deliberada, reconhecido por alguns e rechaçado por outros, Pérez Barberá¹⁵⁸³ propõe a adoção de uma regra genérica acerca do elemento subjetivo. Sustenta o jurista de Córdoba que em casos de riscos quantitativamente muito escassos, o dolo não deve ser admitido como elemento subjetivo, ainda que se identifique um movimento ou uma irresponsabilidade do agente; mas, em contrapartida, em se tratando de situações de riscos muito elevados, mesmo a ausência de representação do sujeito não deve ser suficiente para exclusão do dolo. Portanto, entende ele que a ignorância de riscos elevados e evidentes para qualquer observador médio deve ensejar uma imputação dolosa. E o que se tem na cegueira deliberada, é a busca proposital por desconhecimento, que gera no indivíduo a ausência de representação, mas esta é compensada

1582 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 73.338, Primeira Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 19/12/1996.

1583 PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Ob. cit., p. 769.

pela reprovável motivação do agente que, assim, justificaria a aplicação da figura do dolo¹⁵⁸⁴. É precisamente a convicção de que *pecunia no olet*, que serve como poderoso (e reprovável) combustível para que o indivíduo se afaste do conhecimento disponível.

Em paralelo, Ragués i Vallès¹⁵⁸⁵ defende uma posição mais objetiva, calcada em cinco elementos que seriam os filtros seguros para a caracterização da *willful blindness*: a) o agente não dispõe de informação suficiente para ter consciência de que preenche o elemento objetivo de algum tipo penal; b) tal informação, apesar de insuficiente, se encontra disponível ao agente, e pode ser acessada facilmente e de imediato; c) o agente deve se portar com indiferença, porque não buscou informação relevante sobre a situação em que se encontra ele inserido; d) deve existir um dever de conhecimento do agente sobre tais informações; e) a ocorrência de motivação egoística que impeliu o sujeito a permanecer em desconhecimento. Com efeito, a proposta do jurista barcelonês segue a trilha de Georg Freund¹⁵⁸⁶ e adota um modelo de exclusão de alternativas, apontando requisitos objetivos, a partir dos quais o dolo seja inferido a partir de critérios previsíveis, e normativamente delimitados a partir do conhecimento próprio do homem médio, vale dizer, sem recorrer ao dolo psicológico.

Spencer Sydow¹⁵⁸⁷ argumenta, contudo, que os requisitos assinalados por Ragués i Vallès não seriam suficientemente objetivos, e que algumas lacunas persistiriam, notadamente quando adotadas definições maleáveis sobre os deveres de cuidado. Invoca como exemplo paradigma da cegueira deliberada, a hipótese em que uma pessoa recebe uma mala de conteúdo ignorado, ou assume a posse de um veículo, para conduzir até determinado local, naturalmente em troca de uma remuneração, mas nada questiona quanto ao conteúdo da mala (ou do veículo), e na sequência vem a ser preso em flagrante com estupefacientes (dentro da mala ou do veículo), ocasião em que alega que desconhecia estar transportado os narcóticos apreendidos, razão por que ignorava o elemento objetivo do tipo. Nesse cenário, pondera o

1584 “Un punto que en todo caso debe precisarse para responder a estas dudas es la identidad del destinatario de la comunicación del hecho típico. En tal sentido, PÉREZ BARBERÁ rechaza expresamente medir la diferente intensidad comunicativa del hecho doloso y el imprudente a partir del grado de conmoción social que provocan (p. 130-131) y parece preferir, aunque él no utilice esta expresión, tomar como medida el grado de ‘conmoción jurídica’. Dicha visión, ciertamente, blinda su propuesta frente a determinadas críticas, pero dificulta a la vez la comprensión de las razones últimas que justifican la legitimidad del distinto tratamiento punitivo entre dolo y culpa” (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *De nuevo. el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*. In: InDret. n. 3. Barcelona, jul. 2012. p. 1-11. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/899.pdf>. Acesso em: 06.03.2023).

1585 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorância deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 183-187.

1586 FREUND, Georg. *Normative Probleme der Tatsachenfeststellung*. Heidelberg: Muller, 1987. In: PEREZ BARBERA, Gabriel. *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ob. cit. p. 607-623.

1587 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 199.

jurista paulista que, caso se atribuísse credibilidade plena às assertivas do agente, sua conduta restaria impune, pois dolo exige conhecimento e inexiste tráfico de drogas na modalidade culposa. Por outro lado, partindo da premissa que o agente desconhecesse o risco gerado por seu comportamento e não aceitasse o resultado lesivo produzido por seu comportamento, o dolo eventual restaria prejudicado. Sustenta, finalmente, que não se poderia falar em ignorância vencível, visto que a não investigação atrai a lógica da deliberação, incompatível com a doutrina do erro.

Transplantando o exemplo clássico acima referido, para a moldura dogmática proposta por Ragués i Vallès, teríamos o cenário seguinte: a) o transportador (da mala ou do veículo) não conhece o conteúdo por si transportado, razão por que não percebe que seu agir se subsume ao tipo objetivo do tráfico de estupefacientes; b) embora desconheça o conteúdo que transportava, poderia tê-lo averiguado de forma fácil e imediata, antes de aceitar a proposta do terceiro desconhecido; c) o transportador ignorou propositalmente a informação acessível, que poderia lhe dar consciência da tipicidade de seu comportamento; d) o transportador tinha um dever genérico de obediência às normas penais, além do que transportadores de cargas ou volumes devem se responsabilizar pelo conteúdo que levam consigo; e) o interesse do transportador em conhecer o conteúdo de sua carga foi nublado pela intensa vontade de receber o pagamento proposto pelo desconhecido contratante, e precisamente tal incentivo financeiro impeliu o agente ao estado de ignorância deliberada, a partir de uma lógica utilitária volta à evitação de consequências jurídicas para tal conduta.

Alega Sydow¹⁵⁸⁸ que se o objeto a ser transportado não fosse uma mala, mas um cofre com segredo, restariam prejudicados o segundo e terceiro requisitos, eis que a informação acerca do conteúdo não estaria disponível, tampouco não seria de fácil acesso. *Data maxima venia*, o argumento não convence, pois em casos tais como esse, um transportador minimamente prudente exigiria do contratante documentos de identificação pessoal, além de uma declaração sobre o conteúdo da carga, e caso assim não procedesse é porque já detinha o conhecimento intuitivo sobre a ilicitude do conteúdo do cofre. Frise-se que recompensa e risco caminham juntos. Quanto maior for o risco assumido, maior será o valor cobrado pela companhia seguradora; quanto maior for o risco inerente ao malabarismo exigido do dublê, maior será o custo da tarefa; quanto maior for o risco do investimento financeiro, maior será seu lucro. E em todas as três situações ora referidas, se o lucro for reputado insuficiente, o agente não aceitará a tarefa, pois o risco lhe será demasiado caro frente a recompensa

1588 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 200.

proposta. É o tamanho da recompensa que alimenta a cobiça, que justifica a assunção do risco, e que impele o agente ao comportamento mais do que meramente imprudente.

Ainda com o propósito de fragilizar a proposta do jurista barcelonês, Sydow propõe situação hipotética em que o material ilícito estivesse escondido em localização aparentemente insuspeita do veículo, como uma espécie de compartimento secreto localizado no interior do assento traseiro, e que, além disso, o transportador tivesse examinado o veículo diante de testemunhas, buscando se assegurar da inexistência de material ilícito no porta-malas, no porta-luvas, na região do motor, na parte inferior de assentos, dentre outros. Nesse cenário fático, pouco importa se o transportador não obtivesse suas escusas acolhidas pela polícia, pois a polícia não julga. A polícia investiga fatos suspeitos, em busca de materialidade e autoria delitiva, mas uma vez encerradas suas funções legais, a persecução penal é cometida ao Ministério Público, e este, antes de ser órgão acusador, é (e deve ser *custos legis*). Portanto, mesmo que, em nome do princípio *in dubio pro societate*, o Ministério Público formulasse peça acusatória contra o arguido, poderia reconhecer, após a produção probatória, que o agente não se comportou de forma dolosa, e assim, poderia postular a absolvição do mesmo.

Contudo, ainda que o Ministério Público persistisse na firme convicção de que o arguido agiu em cegueira deliberada, a tarefa de julgar o comportamento do réu, de aferir a presença dos elementos do tipo (objetivo e subjetivo), não seria do Ministério Público, mas sim do juiz. E se o juiz cometer *error in judicando*, existirá a via recursal para correção da interpretação maculada. Conclusivamente, em tal cenário hipotético, pouco importa o que os agentes de investigação vão pensar ou concluir, em sede de exame sumário, pois um sujeito que efetivamente adotou as cautelas do homem medianamente prudente e que não detectou circunstâncias próprias do tipo objetivo não terá atuado em estado de cegueira deliberada. Sob o prisma do ordenamento brasileiro, estará inteiramente acobertado pelo art. 20 do CPB, ao passo que o terceiro contratante deverá ser chamado a responder pelo ilícito (CPB, art. 20, §3º).

De fato, a doutrina registra uma variedade de casuísmos que normalmente não encontram uma resposta pronta, eis que a solução de cada caso dependerá fundamentalmente das peculiaridades fáticas da conduta. É oportuno relembrar que, se por um lado, não existem condutas neutras de *per se*, por outro lado, não se pode presumir que toda ausência de conhecimento importa em cegueira deliberada. Ambas as situações representam extremos, e em regra, a virtude reside no meio. Em todo caso, dentre as hipóteses postas a desafiar o filtro de aferição de um estado de *willful blindness*, é possível assinalar: a) a situação em que uma correspondência fechada é entregue para um terceiro transportar, frente a inviolabilidade de

correspondência, por previsão legal ou constitucional (CF/88, art. 5º, XII); b) a situação em que um namorado entrega um pacote com conteúdo ilícito à própria namorada, alegando se tratar de um presente surpresa destinado a um terceiro; c) a situação em que alguém solicite o transporte de um pacote, a título de favor, sem qualquer remuneração do agente que o incentive a buscar um estado de desconhecimento; d) a situação do empresário que instrui seus funcionários a nunca desperdiçarem as oportunidades de venda, nem que para isso tenham que ignorar qualquer informação que o consumidor apresentar na hora da compra; e) a situação do advogado que não lê jornais para desconhecer o envolvimento de eventuais clientes com atividades criminosas; f) a situação do provedor de *internet* que, diante de *emails* de denúncias se limita a encaminhá-los a um *email* de delegacia de polícia ou ouvidoria.

Sustentando a ideia de que os cinco requisitos propostos por Ragués i Vallés seriam insuficientes para a identificação segura de um estado de *willful blindness*, Spencer Sydow¹⁵⁸⁹ sugere: a) a criação de um sexto requisito consistente na “ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado”; b) a criação de um sétimo requisito consistente na “ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada”; c) a criação de um oitavo requisito denominado “ausência de circunstância de ação neutra”; d) a alteração do terceiro requisito, segundo o qual “o agente deva se comportar com indiferença, por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido”; e) a modificação do quarto requisito, para que “deva existir um dever de cuidado legal ou contratual do agente sobre tais informações”; f) a modificação do quinto requisito, para que seja “necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que tenha mantido o sujeito em situação de desconhecimento”. Todavia, mesmo após formulações tão específicas e casuísticas, Sydow admite que existirão situações em que não se identificará o dever de cuidado e que escapariam da responsabilização penal, e por isso sugere a adoção de um nono requisito supostamente capaz de engatilhar situação subsidiária próxima da lógica do princípio da probabilidade com os dizeres “na ausência de previsão de dever de cuidado legal ou contratual, a existência de situação fática de comprovada suspeita de licitude do elemento do tipo determina o dever de cuidado ao agente”.

Diante de tantas situações casuísticas, e da prodigalidade de requisitos propostos para identificação de um estado de cegueira deliberada, é possível afirmar que alguns autores se mostram de tal forma refratários a uma construção teórica que buscam dissimular sua rejeição mediante a propositura de infundáveis filtros, e talvez não percebiam que se o conjunto de

1589 SYDOW, Spencer Toth. Ob. cit., p. 202.

filtros for de tal forma hermética, sequer a água ou o ar os poderão transpor. Com efeito, o propósito de qualquer construção teórica é explicar e interpretar os problemas que decorrem de uma análise fenomenológica do conhecimento, mas isso não implica dizer que as teorias atinjam um grau matemático de eficácia equivalente a 100% (cem por cento), pois se até nas ciências exatas as regras gerais comportam alguma exceção, o que dizer desse axioma no plano das ciências jurídicas?

No plano ideal, a aferição integralmente segura de que o agente atuou em estado de ignorância deliberada somente será possível no momento em que a neurociência for capaz de identificar eficazmente a presença do dolo psicológico, e para além disso, que a ciência jurídica repute suficientemente seguro se valer dos subsídios da neurociência. Todavia, enquanto não alcançado tal estágio científico, é preciso que o jurista perceba que a adoção de um estado anímico intermediário entre o dolo e a culpa, a partir do qual são praticadas condutas que contribuem para a vulneração de um bem jurídico, e que não merecem ficar impunes, importará necessariamente na relativização de determinadas “garantias processuais”, seja porque tais garantias foram construídas pela ciência jurídica, seja porque tais garantias não são imutáveis, seja porque não existem direitos absolutos, seja finalmente porque o direito penal não é voltado à preservação dos interesses individuais dos eventuais arguidos, mas de todo um corpo social beneficiário do conjunto de bens jurídicos penalmente tutelados.

4.4 Prova do dolo

Inobstante seja natural que, não raro, a mesma prova mereça avaliações díspares por parte do Ministério Público e da defesa técnica do acusado, ainda assim é imprescindível que a dogmática se empenhe em estabelecer um *standard* probatório. E uma vez definido tal padrão, que deve estar situado em posição além da dúvida razoável, caberá ao juiz examinar se cada um dos meios de prova foi ou não capaz de atendê-lo.

Saliente-se, contudo, que nenhum julgador realiza sua percepção, ou sua interpretação dos fatos, tampouco cristaliza sua livre convicção motivada a partir de cada prova, isoladamente considerada. Muito ao contrário, as provas produzidas na instrução, por iniciativa de ambas as partes, devem ser cotejadas e conjugadas pelo órgão julgador. De fato, o preenchimento ou não preenchimento desse padrão probatório se opera por meio de uma valoração motivada da prova, e esta se explicita através da enunciação do que o elemento de prova, para quem o conheceu, provou, ou não. Aliás, como restou consignado linhas atrás, o juiz não escreve para convencer, mas para explicar as razões de seu convencimento.

Assim, para palmilhar este último título (ainda que sucedido pelas conclusões provisórias do capítulo), será necessário tratar sobre: a) o juízo fático no processo penal, b) a verdade como correspondência, c) os *standards* probatórios, d) as provas indiretas como possível evidência do dolo, e) a intenção de lucro como possível evidência do dolo, f) o estado de ignorância premeditada como possível evidência de dolo eventual.

4.4.1 O juízo fático no processo penal

Destaque-se, à partida, que todo juízo fático empreendido deve obrigatoriamente ser submetido a um *standard* probatório, o qual deve corresponder, no plano do direito penal, à necessidade de se provar que a ação era dolosa, para além de uma dúvida razoável. Por outro lado, é igualmente necessário sedimentar a premissa de que o processo penal se destina a alcançar a verdade possível, e não a mítica verdade real. Com efeito, ante as contingências de uma ciência social aplicada e dos contornos legais que fixam garantias mínimas a serem observadas em prol dos arguidos, a verdade é invariavelmente perseguida à luz de outras regras e princípios tão importantes quanto ela própria, os quais conformam um processo justo.

É oportuno assinalar que, segundo Paulo de Sousa Mendes¹⁵⁹⁰, a prova comporta três dimensões: a) prova enquanto atividade probatória; b) prova enquanto meios de prova; c) prova enquanto resultado da atividade probatória. Em sua primeira dimensão, a prova corresponde a um esforço metódico através do qual são demonstrados os fatos relevantes para a existência do crime, para a punibilidade do arguido e para individualização da pena ou da medida de segurança. Em sua segunda dimensão, a prova consiste nos elementos com base nos quais tais fatos relevantes podem ser demonstrados. E em sua terceira dimensão, a prova representa a motivação geratriz da convicção judicial, sobre os fatos relevantes da causa, desde que tal motivação se conforme aos elementos adquiridos representativamente no processo, e respeite as regras de experiência, as leis científicas e os princípios da lógica.

Adotando similar entendimento, Germano Marques da Silva¹⁵⁹¹ preconiza que “a aplicação do Direito depende da existência ou verificação dos factos aos quais a ordem jurídica alia a produção de um dado efeito jurídico”, e acresce que “a norma jurídica completa é constituída por uma previsão e por uma estatuição, e que aquela é a situação típica da vida, o ‘facto’ ou conjunto de ‘factos’ cuja verificação em concreto desencadeia a consequência jurídica fixada na estatuição”. Nesse cenário, arremata que “a decisão final, meta a que se

1590 MENDES, Paulo de Sousa. Lições de Direito Processual Penal. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 173.

1591 SILVA, Germano Marques. Curso de Processo Penal. v. 2. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008. p. 109-110.

dirige o processo, consta, por isso, de duas partes: a verificação dos factos que condicionam a aplicação do Direito e a aplicação do Direito. A actividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressupostos da estatuição da norma”. Relembra ainda que “o art. 341º do Código Civil dispõe que as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos. Nesta noção são de destacar dois aspectos: a prova enquanto meio ou actividade para produzir determinado resultado (meio de prova ou actividade probatória e o próprio resultado ou juízo sobre os factos (resultado probatório)”.

Kai Ambos e Polastri Lima¹⁵⁹² advertem que o processo acusatório persegue pelo menos uma “verdade” embasada na probabilidade e na convicção do juiz, razão por que necessita da instrução probatória, para que o juiz possa reconstruir e buscar na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à conclusão final”. Portanto, a origem da prova se reporta a um fato passado, fora da consciência do juiz, e o seu efeito se manifesta nas relações que, pelo pensamento, se estabelecem entre esse fato e o que se tem de demonstrar¹⁵⁹³. Na mesma trilha, Paolo Tonini¹⁵⁹⁴ assinala que “o juiz, em primeiro lugar se defronta com um fato histórico imputado ao acusado, devendo resolver se o mesmo é responsável por aquele fato, e em segundo lugar, interpreta a norma incriminadora penal, para saber qual é o fato típico ao qual o fato histórico se subsume, e, ao final, irá valorar o fato histórico que lhe foi apresentado, para concluir se realmente este está em conformidade com o tipo penal. Em extrema síntese, a decisão será tomada com base em um silogismo: o fato histórico, reconstruído através da prova, que é a premissa menor, a norma penal incriminadora, que é a premissa maior, e a conclusão que será obtida pela valoração se o fato histórico se adequa ou não ao tipo penal”.

Ora, precisamente porque o processo penal é um instrumento de retrospectão, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, é que tal ritual está voltado a permitir ao juiz o conhecimento dos fatos relevantes da causa por meio da reconstrução histórica desse fato¹⁵⁹⁵. Todavia, o único meio idôneo para que se possa realizar essa necessária reconstrução é a colheita da prova, a qual se apresenta como autêntico elemento conversor de meras suspeitas em fatos. Por decorrência lógica, sem as provas, a almejada reconstrução do fato supostamente criminoso, e que pertence ao passado, se mostraria impossível. Além disso, o alvo da prova são os fatos, e não o direito aplicável, e nesse

1592 AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

1593 AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. Ob. cit., p. 53.

1594 TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

1595 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 341.

pormenor já os romanos apregoavam o princípio *iura novit curia*¹⁵⁹⁶. Nessa esteira, pontua Jacinto Coutinho que a atividade do magistrado é sempre recognitiva, eis que “há um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto”¹⁵⁹⁷. E quanto a isso arremata ele que o juiz é, por essência, um ignorante, posto que desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova. Por consequência, a prova para ele é sempre indireta, e quanto a tal ponto, observa-se a aderência de Cordero¹⁵⁹⁸, para quem todas as provas são indiretas, pois consistem em signos do suposto fato. Aliás, pontua ele com absoluta propriedade que os processos são máquinas retrospectivas, vale dizer, são como “máquinas do tempo” que permitem ao julgador se deslocar do tempo presente ao tempo passado para estabelecer se uma conduta penalmente típica efetivamente ocorreu, e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico.

Nessa ordem de ideias, Ionilton do Vale¹⁵⁹⁹ perquire se é idôneo o argumento de que o juiz se contamina com a prova. E se o juiz que primeiro conhece das provas, na condição de juiz das garantias, não pode exercer a jurisdição por ter se “contaminado” por ela, como se dará a reconstrução do fato histórico e penalmente típico? Ora, se é certo que o objetivo do processo é dirimir a controvérsia e solucionar a lide, é igualmente correto que a essência de qualquer processo é a busca pela prova que possa ensejar, nessa ordem, a atividade cognitiva (sobre os argumentos das partes), a atividade valorativa (sobre os fatos apurados e provados), e a atividade julgadora (sobre as condutas descobertas). Portanto, o objeto da prova, ou *thema probandi*, é tudo aquilo que se deve demonstrar, tudo aquilo que deve ser submetido à cognição judicial, tais como o fato criminoso, sua autoria, bem como as circunstâncias objetivas e subjetivas. Destarte, é natural a inferência de que o que se deve provar é a “culpa” do agente, inclusive porque o vocábulo “culpa” é assinalado na Convenção Americana (art. 8º, 2), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14º, nº 2), e ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XI), entretanto, deve ser compreendido no sentido de “culpabilidade” (não de culpa *stricto sensu*, que se esgota na negligência, imprudência ou imperícia). E culpabilidade significa a “atribuição culpável de um injusto penal, típico, antijurídico e punível, ao seu autor”. Portanto, nesse sentido, culpabilidade nada

1596 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 256.

1597 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 177.

1598 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. 2. Trad. Jorge Guerreto. Bogotá: Temis, 2000. p. 3.

1599 VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: da prova e dos sujeitos processuais. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 2-3.

mais é que responsabilidade, razão por que comprovar a culpa (culpabilidade) significa comprovar a responsabilidade do agente.

Nesse pormenor, e com o escopo de afastar eventuais dúvidas hermenêuticas, Jaime Vegas Torres¹⁶⁰⁰ sustenta que “certamente, a ‘culpabilidade’ do acusado não é, a rigor, objeto de prova; objeto de prova são os fatos e a culpabilidade não é um fato, senão um conceito jurídico. Mas quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação com uma determinada infração criminal, não se faz outra coisa que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação nos mesmos do sujeito em questão.

Neste sentido, a expressão ‘declarar a culpabilidade’ não é, senão uma forma abreviada de referir-se à afirmação da certeza de uns fatos que se ajustam em um tipo penal e da participação nos mesmos do acusado; e a utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve entender-se, igualmente, como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação nos mesmos do acusado”.

Conclusivamente, o ponto comum que se observa em todas as concepções acima referidas é o protagonismo que se deve conferir aos fatos relevantes da causa, aos fatos importantes para o destame da lide penal, assim compreendidos todos aqueles que se voltam a iluminar e a esclarecer a materialidade e a autoria delitiva, mas ainda aos fatos que permitam reconstruir o comportamento do arguido, de modo a perceber se ele se subsume ao tipo penal objetivo, mas também a verificar se o sujeito agiu movido pelo estado anímico necessário (doloso ou culposos), que confira justa causa à incriminação de sua conduta.

4.4.2 Verdade como correspondência

Relembre-se que o elemento interno da psique do agente não é acessível diretamente. Se não é, a verdade a respeito disso também não é acessível diretamente. Destarte, tomando como premissa elementar a impossibilidade de se imiscuir nos processos mentais de outros, inclusive porque às vezes são de difícil apreensão até mesmo os processos mentais do intérprete, não se pode asseverar que o processo busca a verdade real. De fato, o autêntico propósito do processo penal é o estabelecimento de valores informativos, para somente então

1600 TORRES, Jaime Vegas. *Presuncion de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2010. p. 43.

perceber como tais valores se limitam reciprocamente, em verdadeiras colisões¹⁶⁰¹. Por outro lado, o processo penal não representa mero instrumento de apuração fática, eis que é norteado por garantias constitucionalmente estabelecidas, que conduzem a uma visão acusatória, potenciada por dispositivos infraconstitucionais, que limitam e se contrapõem à busca da verdade, tais como os *standards* probatórios e a exigência de motivação, que serão examinados em tópico adiante.

E conquanto o elemento psíquico interno não seja diretamente acessível, é forçoso deduzir que o processo penal viabiliza uma busca da verdade de alcance um tanto limitado, sem perder de vista que a aplicação da pena pressupõe um processo penal de feição constitucional, pois cogitar o contrário importaria em convertê-lo num mero rito legal de utilitarismo perverso, eis que dissociado das garantias mínimas do processo, que devem ser asseguradas a qualquer réu. Com efeito, a verdade de possível extração dentro do processo penal é uma verdade de correspondência, que pode ser percebida como uma verdade em maior ou menor grau, mas nunca com uma “verdade absoluta”.

A verdade de correspondência é aquela que se estabelece tanto em relação ao acontecimento histórico sob exame, quanto em relação ao conjunto probatório sob exame, isto de molde a propiciar a chamada coerência narrativa. Aliás, para isso é forçoso admitir a vinculação da ciência jurídica com a psicologia e a lógica, eis que, segundo as ponderações de Casimiro Varela¹⁶⁰², “é impossível que o juiz conheça os fatos trazidos a sua apreciação sem desenvolver processos psíquicos e lógicos que esses fatos requerem para o seu conhecimento”. Todavia, não se mostra adequado cair em um psicologismo inefável e dissociado de qualquer objeto de prova, como se revela igualmente descabido converter toda a ocorrência em estatística, e aceitá-la aprioristicamente provada.

A própria existência da verdade é contemporaneamente muito criticada, e muitos sustentam que vivemos o tempo da “pós-verdade”¹⁶⁰³. Nesse sentido, Michele Taruffo¹⁶⁰⁴

1601 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 178-179.

1602 VARELA, Casimiro A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990. p. 21.

1603 Segundo o Dicionário Oxford, pós-verdade quer dizer ‘algo que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência para definir a opinião pública do que o apelo à emoção ou crenças pessoais’. Em outros termos: a verdade perdeu o valor. Não nos guiamos mais pelos fatos, mas sim por aquilo que escolhemos ou queremos acreditar que é a verdade. O terreno da internet tem se revelado fértil para a propagação de mentiras (sempre interessadas), trincheira dos *haters*. Levamos tanto tempo para estabelecer uma visão “científica” dos fatos, construir a isenção do jornalista, a independência editorial e, de repente, vemos que o debate político se dá entre “socos e pontapés”. A pós-verdade arrasta a política, o jornalismo, a justiça, a economia, a nossa vida pessoal. O que se acentua na era da pós-verdade é a indisponibilidade ao diálogo entre as distintas opiniões, pela consideração, valorativa, por certo, de já se conhecer a ‘única verdade possível’ sobre determinada questão, e

pondera que seria a desvalorização da “possibilidade de formular descrições verdadeiras de ocorrências do mundo externo”. Entretanto, admitir tal relativismo extremo importaria em reconhecer igualmente que inexistiria razão para se debater e dialogar, pois a resposta não precisará corresponder a nada, e por derivação lógica, não haveria motivos para se importar com o resultado final da imputação realizada. Seria a mais autêntica morte da dialética.

Todavia, a despeito dos adeptos da pós-verdade, a verdade ainda existe, e por isso mesmo deve ser analisada. Para além disso, no prisma processual se observa, inicialmente, a distinção entre a “verdade absoluta” e a “verdade relativa”, também rotuladas como “verdade real” e “verdade processual”, sendo aquela correspondente ao absoluto externo ao processo, ao passo que esta última estaria ligada à fixação formal dos fatos sob julgamento. Tal distinção se impõe por força dos limites legais e constitucionais impostos para delimitar a busca da verdade no processo, e que não existiriam fora dele. Ocorre que a verdade dos enunciados processuais sobre os fatos depende da realidade destes “que ocorrem tanto no processo quanto fora dele”¹⁶⁰⁵. Daí porque o interno processual é indicativo do externo fático, tal qual o externo fático é indicativo do interno psicológico.

De fato, ao adotar-se a lógica da “verdade real” em confronto com a “verdade formal”, resta proscria uma valoração absoluta, em termos de verdadeiro ou falso, absoluto ou relativo, real ou processual, passando-se a adotar uma distinção de graus entre a verdade dita real e a verdade dita processual. É precisamente isso que se verifica com o dolo, pois as evidências comportamentais externas consistem em indicadores do estado anímico interno, de modo que a verdade existente, como correspondência, pode ser buscada e alcançada através do processo penal. E na medida em que a verdade é atingível, naturalmente devem ser melhor examinados os meios voltados a esse fim.

Com efeito, é imperativo distinguir verdade e certeza, pois enquanto aquela constitui critério de correspondência entre o enunciado e a realidade, esta última nada mais representa senão o estado subjetivo daquele que analisa os fatos. E Michele Taruffo¹⁶⁰⁶ adverte sobre a

isso ocorre ante a existência de um conjunto de vieses cognitivos, dentro dos quais o viés de confirmação, representado por uma tendência em tratar, preferencialmente, as informações que confirmem nossas crenças em detrimento das que as invalidam. Segundo tal lógica, o “efeito perseverança”, apregoado por Bern Schünemann, seja uma evidência da pós-verdade, a qual evoca um autoritarismo interpretativo, que impele os sujeitos a já predispor de determinada leitura cativa dos fatos, rejeitando o que distingue, compartilhando o que assemelha, sem maiores reflexões acerca do que ali é informado como verdade. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/pos-verdade>. Acesso em: 08.03.2023.

1604 TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 93.

1605 TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 100-101.

1606 TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 102-105.

relevância da distinção, eis que é precisamente na motivação do *decisum* que o juiz explica as razões de sua convicção, os motivos de sua certeza, e são estes que propiciam o controle das partes pela via recursal. Nesse íter, a certeza se converte em justificada correspondência, sendo oportuno destacar que tal correspondência é o verdadeiro objeto do juízo fático, e não a certeza.

Neil MacCormick¹⁶⁰⁷ pondera que o autêntico problema não é a impossibilidade de alcançar a verdade do que ocorreu no passado, mas sim que “raramente podemos, se é que alguma vez podemos, estar absolutamente certos sobre qual é a verdade sobre uma dada questão”. Eis o dilema do julgador, pois de forma alguma, tal reflexão aponta para a certeza do intérprete que enuncia certo juízo de valor dentro do processo. A certeza lá estará, errada ou não. Aliás, Pastor Alcoy¹⁶⁰⁸ alerta com propriedade que efetivamente existe a possibilidade de erros, de vez que a certeza, enquanto aspecto subjetivo daquele que interpreta, pode não corresponder à verdade, eis que as hipóteses tidas como provadas podem não corresponder à melhor interpretação dos fatos trazidos, em termos de coerência e consistência, embora deva sê-lo. E nessa trilha, o intérprete pode estar certo (seguro, convicto) sobre as coisas erradas, pois interpretações de elementos de prova são sujeitas a falhas. Contudo, a despeito das potenciais falhas interpretativas, ainda assim, não se pode negar a existência da verdade, a qual figura como a correspondência entre o enunciado sobre os fatos e os elementos fáticos a que ele se refere. Portanto, a exigência de verdade se relaciona com critérios de legitimidade do sistema processual e da decisão jurídica. E para Danilo Knijnik, esse é o vínculo teleológico, segundo o qual o processo deve se orientar a essa busca, sem confiar, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado¹⁶⁰⁹.

É ainda necessário observar que esse vínculo também guarda liame com o princípio da comunhão das provas, na medida em que permite a criação de narrativas processuais, convincentes em maior ou menor grau, conforme estejam mais ou menos sedimentadas por elementos probatórios, vale dizer, conforme se alinhem em maior ou menor grau ao fato histórico objeto de apuração. A partir dessa linha argumentativa, uma narrativa que imputa um agir em estado de cegueira deliberada se mostra não apenas potencialmente convincente, mas

1607 MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 296.

1608 PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 150-151.

1609 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14-15.

atraente, pois provoca os sentimentos do intérprete. Afinal, pondera Manrique Pérez¹⁶¹⁰, a indiferença do sujeito em relação ao resultado delituoso e em relação ao significado do bem jurídico tutelado é o esgarro na boca do ordenamento. Efetivamente, quando nos deparamos com casos em que constatamos dolo eventual, ficamos incomodados, como se um gosto amargo surgisse na boca.

Aliás, sob tal perspectiva a verossimilhança demonstra relevo, pois confere vigor ao poder demonstrativo da prova e influência igualmente em sua concepção persuasiva, ao mesmo tempo em que se distancia, de algum rompante sentimental do intérprete que pode conduzi-lo a uma eventual certeza equivocada sobre a ocorrência de um estado anímico de cegueira deliberada. Por outro lado, a ausência de verossimilhança importa em discordância e em oposição à verdade. Nesse contexto, destaca Pietro Ellero¹⁶¹¹ que tal ausência se relaciona com o improvável e o impossível, que são “relativos e dependem de condições morais, do estado de cultura de cada povo e de cada época”.

Nessa trilha de pensamento, um indicativo do estado anímico de culpa consciente não deve ser assim valorado, caso se mostre implausível diante dos fatos apurados. Por idêntica razão, também não deve prosperar um indicativo de cegueira deliberada, caso se mostre implausível diante do conjunto de conhecimentos do agente e das ações por ele realizadas. Por igual, devem sobressair os critérios lógicos e jurídicos que orientam o pensamento do intérprete, e quanto a isso McCormick¹⁶¹² pondera que a coerência narrativa “fornece um teste sobre a verdade, ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos”. Destarte, a história mais consistente é sempre aquela que envolve o menor grau de implausibilidade, é dizer, o maior grau de plausibilidade de ocorrência¹⁶¹³. Apenas para densificar o conceito de plausibilidade e sua relação com a cegueira deliberada, cumpre lembrar que as versões fáticas apresentadas por Herédia e Jewell foram bem pouco plausíveis, isto é, remotamente verossímeis. Eis a razão por que o conceito de plausibilidade tem melhor adequação ao estado de cegueira deliberada, do que propriamente o conceito de probabilidade, o qual é apenas um dos critérios indicadores da verdade, mas não critério exclusivo. Inobstante a probabilidade seja um critério útil, pois toma em consideração a

1610 MANRIQUE PÉREZ, Maria Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 77.

1611 ELLERO, Pietro. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales: o tratado de la prueba en materia penal*. 1. ed. Madrid: Editorial Reus, 1980. p. 36.

1612 MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 294.

1613 MACCORMICK, Neil. Ob. cit., p. 295.

normalidade e a repetição de certa ocorrência, não pode ser convertido em orientação única, mesmo que contribua para a constatação da *willful blindness*.

Relativamente à normatização de padrões e de sua indevida utilização, ainda que o faça em relação à prova da culpa, Vicente Greco Filho¹⁶¹⁴ assinala que as “fórmulas objetivadas de condutas consideradas culposas contêm regras de experiência e atuam como prova *prima facie*, no sentido de que, havendo prova da situação elencada, infere-se, em princípio, ter havido culpa”. Acrescenta o respeitado jurista que a “padronização das condutas consideradas culposas pode significar, pois, em determinado caso concreto, odiosa aplicação da responsabilidade objetiva”¹⁶¹⁵. E arremata advertindo que “não pode o julgador limitar-se à verificação da conduta considerada em tese culposa, mas deve investigar e ponderar outras circunstâncias objetivas e subjetivas que poderiam, no caso específico, excluir ou confirmar a culpa”¹⁶¹⁶.

Em síntese, resta forçoso concluir que: a) a busca da verdade é tão importante quanto as garantias processuais de estatuto constitucional; b) a certeza do intérprete (especialmente do juiz) não pode ser tida como sinônimo de verdade; c) o aspecto narrativo da cegueira deliberada não deve (e nem pode) ser utilizado como artifício retórico para transformar uma certeza em verdade; d) o estado anímico de cegueira deliberada deve ser obrigatoriamente escrutinado por um juízo valorativo com lastro em provas concretas.

4.4.3 *Standards* probatórios

Conquanto seja impossível alcançar a “verdade absoluta”, mesmo no âmbito de um processo penal meticulosamente conduzido, é necessário definir um *standard* probatório como modelo de constatação dos fatos relevantes da causa. Demais disso, adotada a premissa de que a “verdade possível” será uma correspondência entre o acontecimento histórico e o respectivo conjunto probatório sob exame, é necessário admitir que existirão apenas melhores ou piores aproximações dos fatos efetivamente ocorridos. Destarte, é necessário agregar outros critérios a serem manejados como *standards* probatórios para balizar a valoração judicial, mas quanto ao ponto, Pedro Costa adverte que ocorre a normatização de uma

1614 GRECO FILHO, Vicente. A culpa e sua prova nos delitos de trânsito. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 123

1615 GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 123.

1616 GRECO FILHO, Vicente. Ob. cit., p. 123.

exigência de grau de prova e não, propriamente, circunstâncias fáticas, inúmeras em si, e que não possuem carga normativa¹⁶¹⁷.

Aliás, Hassemer¹⁶¹⁸ preconiza que inexitem fatos já qualificados juridicamente; eles são construídos, narrados e interpretados, pois “situações de fato não são dadas prontas, nem se compõem por si mesmas; elas são, ao contrário, o resultado de um procedimento construtivo do qual quem quer aplicar a lei participa produtivamente”. Na trilha desse entendimento, Danilo Knijnik¹⁶¹⁹ pontua que os *standards* probatórios são padrões que possibilitam a aferição da possibilidade, da probabilidade e da plausibilidade do acontecimento de determinado fato narrado. São níveis, postos na decisão, que permitem o escalonamento da possibilidade de acontecimentos pertinente ao deslinde do feito, ou ainda de preenchimento do conhecimento dos elementos do tipo e da indiferença em relação a eles. Em reforço, Kevin Clermont esclarece que o *standard*¹⁶²⁰ probatório que vige no processo penal, em juízos condenatórios pelo cometimento de crimes, é a dúvida razoável. Tal padrão probatório serve para, privilegiando a presunção de inocência e o brocardo segundo o qual mais vale um culpado solto do que um inocente preso, reduzir o risco de condenações equivocadas. Com isso, tem-se a primazia à liberdade, valor axiomático e elementar¹⁶²¹.

Postas tais premissas, parece contraditório afirmar que provar uma elevada probabilidade de conhecimento se revela como critério consentâneo ao *standard* de prova¹⁶²². Contudo, o processo penal efetivamente impõe um padrão probatório mínimo para eventual condenação, e tal padrão deve corresponder a evidências situadas além da dúvida razoável. Para tanto, pondera Baltazar Júnior que se tem em conta o influxo do direito material subjacente, mas também da presunção de inocência¹⁶²³. Bem por isso, no âmbito penal a condenação não se justifica ante a simples preponderância de prova segundo o padrão

1617 Conforme a crítica de Vicente Greco Filho, em sentido similar à percepção de Ramon Ragués i Vallès, o qual refere ao perigo em se julgar situações fáticas com base em situações fáticas já ocorridas. Sem prejuízo, também se vê uma tentativa de normatização a partir de padrões de conduta (COSTA, Pedro Jorge. *Dolo Penal e sua Prova*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237).

1618 HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 93.

1619 KNIJNIK, Danilo. Ob. cit., p. 35.

1620 “The basic notion is not that all doubt must be gone, but that all doubt be gone that would make a reasonable person hesitate to act” (CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law*. Durham: Carolina, 2013. p. 27).

1621 CLERMONT, Kevin. Ob. cit., p. 29.

1622 ROBBINS, Ira P. Ob. cit., p. 191.

1623 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards probatórios*. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 165.

aplicável ao processo civil¹⁶²⁴, tampouco com eventual probabilidade acentuada. Firme nessa convicção, Dallagnol¹⁶²⁵ destaca que a prova processual penal exige maior cognição e maiores esclarecimentos a respeito dos fatos alegados, e dos elementos de prova carreados, pois necessita-se de uma alta segurança para eventual condenação. Nesse espectro, há de ser rejeitada a mera alusão à alta probabilidade do conhecimento de determinada situação fática como suficiente para o preenchimento do estado anímico de dolo eventual, pois o devido processo exige que o padrão probatório esteja situado acima de qualquer dúvida razoável.

Quando certo segmento da doutrina refere à possibilidade de se condenar com base na alta probabilidade, por mitigação do *standard* probatório, isto seria decorrência da aparente dificuldade em provar determinados crimes, que pela complexidade de suas circunstâncias, admitiriam um padrão probatório menos rigoroso. Destarte, a condenação por tais delitos afastaria a necessidade de prova além de qualquer dúvida razoável, se contentando com uma situação de alta probabilidade do conhecimento. Sucede que para uma adequada compreensão dos contornos do que seja a dúvida razoável não é necessário reduzir necessariamente o *standard* probatório, sendo suficiente definir o que seja uma dúvida razoável dentro do contexto fático em exame.

Portanto, o que se altera não é o padrão probatório aplicável ao processo penal. Inexiste substituição de dúvida razoável por alta probabilidade, mas uma adequada explicitação dos limites da dúvida razoável a partir do caso concreto, pois os limites de uma dúvida razoável oscilam segundo as circunstâncias fáticas e segundo o agente da conduta. Determinada circunstância fática pode representar dúvida razoável para um sujeito (ingênuo ou toco), e não representar mínima dúvida para outro sujeito (experiente, ladino, ou detentor de conhecimentos especiais). Daí por que a dúvida razoável varia conforme as circunstâncias fáticas, e conforme o indivíduo envolvido.

Nesse cenário, a linha argumentativa adotada que invoca a ocorrência de “suspeitas” ou de “indícios”, em substituição ao *standard* probatório têm por efeito debilitar a coerência do juízo fático realizado, e por isso mesmo não corresponde à técnica mais apurada. Por outro lado, o manejo de fórmulas dessa estirpe, que indicam a admissão de uma alta probabilidade como *standard* probatório no âmbito do processo penal, para a partir dessa pretensa alta probabilidade afirmar a ocorrência da *willful blindness*, na verdade talvez revele uma deliberada cegueira do intérprete, que impelido pelo “efeito perseverança” de Schünemann,

1624 KNIJNIK, Danilo. Ob. cit., p. 37.

1625 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 267.

apenas busca corroborar suas crenças prévias, e reluta em admitir que realmente se deparou com uma dúvida razoável que pode justificar a absolvição do arguido, senão por autêntica inocência, mas, pelo menos, por fragilidade probatória.

Para caracterização do estado de *willful blindness* definitivamente não é suficiente uma base fática com alta probabilidade. Ela impõe que seja suplantada a dúvida razoável, por ser este o padrão próprio do processo penal. É certo, contudo, que o processo penal aceita a ocorrência de uma dúvida contextualizada e circunscrita, de modo que uma dúvida razoável em situações como as de Jewell e Herédia se revelam absolutamente distintas do que seja uma dúvida razoável em um caso de propriedade intelectual, como aquele discutido no caso da *Global Appliances* (ainda que este tenha sido um caso de natureza extrapenal). Por isso, quanto ao juízo fático e ao *standard* probatório a ser preenchido, Baltazar Júnior argumenta ser necessário explicitar a forma como se preenche tal padrão, de molde a elidir a dúvida razoável¹⁶²⁶.

Naturalmente não é suficiente elencar os meios de prova trazidos aos autos, pois devem ser analiticamente examinados na fundamentação da sentença. Deve o juiz “dialogar com a prova”, deve examiná-la e esmiuçar seu alcance, deve cotejar meios de prova aparentemente colidentes, seja para justificar a prevalência de um em detrimento de outro, seja para assinalar a convergência entre eles. Por exemplo, depoimentos testemunhais exatamente idênticos sobre local, data e horário da conduta devem despertar mais a dúvida do que a certeza do juízo, pois considerando que as pessoas têm percepções variáveis (como variáveis são as capacidades auditivas e visuais, dentre outras), pequenas variações fáticas nos relatos testemunhais traduzem muito maior verossimilhança, ao passo que a convergência absoluta de dados traduz um possível (ou provável) prévio ajuste de versões.

Por igual, a simplória assertiva de que o arguido teria agido com dolo eventual, a partir de uma constatação de cegueira deliberada também não se afigura como sólida base argumentativa e analítica da prova. Embora seja certo que o juiz não escreve para convencer, mas sim para explicar, na fundamentação de sua sentença precisa ele demonstrar, de forma argumentativa, quais os indicadores externos da conduta do arguido que restaram provados, e por que motivos tais indicadores revelam um estado de cegueira deliberada, e um estado anímico de dolo eventual. Ausente uma fundamentação em tal moldes, a sentença restará quebradiça, notadamente se for condenatória.

1626 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. Ob. cit., p. 169.

Com efeito, assim como não existem condutas neutras de *per se*, é igualmente certo que dolo eventual não é (e não pode ser) admitido como consequência natural de um estado de cegueira deliberada. É imperativo que sejam aferidas e valoradas de forma explícita as construções fáticas que justificam a imputação de cegueira deliberada a determinada narrativa acusatória. E se o propósito daquele que atua em cegueira deliberada é deliberadamente evitar um maior grau de conhecimento sobre circunstância relativa à prática de determinada conduta penalmente relevante, ainda que o conhecimento esteja facilmente acessível, é preciso que a prova assinale esse estado de deliberada ignorância, acima de qualquer dúvida razoável.

Considerando que a justiça criminal é composta por homens, e não por anjos, é imperativo reconhecer sua falibilidade, e por força desta, sempre haverá a possibilidade de que inocentes sejam condenados. Quanto ao ponto, é lúcida a reflexão de Dallagnol¹⁶²⁷, no sentido de que dúvida sempre haverá. E precisamente para mitigar situações de dúvida (ou de erro judiciário) é que não se deve negligenciar o *standard* probatório a ser preenchido, sob pena de que isto propicie condenações com lastro em provas inaptas ou insuficientes, sejam elas diretas ou indiretas, nomeadamente porque o padrão probatório existe para permitir o controle sobre a motivação dos decisórios¹⁶²⁸. Negar o necessário rigor ao *standard* probatório para, sob a invocação de uma cegueira deliberada do agente, asseverar a ocorrência de dolo eventual do arguido, no fim e ao cabo, consistirá em autêntico ato de cegueira deliberada do intérprete que opta por se agarrar a argumentos meramente retóricos¹⁶²⁹.

Conclusivamente, se observa que: a) não pode o juiz se eximir do ônus de demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, e a partir dos indicadores externos devidamente provados, que o comportamento do arguido efetivamente preenche aos requisitos do estado de cegueira deliberada; b) o juiz deve assinalar qual o *standard* probatório a ser empregado em um julgamento criminal; c) o padrão probatório é atingido mediante a qualificação jurídica dos fatos interpretados; d) a busca da verdade é um azimuth do processo penal, ainda que a “verdade absoluta” seja um mito; e) a “verdade possível”, alcançável no bojo do processo

1627 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Ob. cit., p. 277.

1628 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios. Ob. cit., p. 168.

1629 “El recurso a esta doctrina no tiene (...) un sentido meramente retórico. Así, la apelación a la ignorancia deliberada ha adquirido contenido propio en dos contextos y por dos razones distintas: en unos casos porque en su fundamentación jurídica el tribunal no se ha esforzado por individualizar y mencionar los correspondientes indicios del conocimiento que, con todo, podría haber encontrado en los hechos probados; y, en otros, porque tales indicios sencillamente no existían y, por tanto, de acuerdo con el método tradicional de inferencia no cabía atribuir al acusado el conocimiento necesario para una condena por delito doloso, una decisión que, sin embargo, sí que ha sido posible alcanzar con base en esta nueva teoría” (RAGUÉS I VALLES, Ramon. *La ignorancia deliberada em derecho penal*. Ob. cit., p. 59).

penal, é uma verdade de correspondência porque se estabelece tanto em relação ao acontecimento histórico, quanto em relação ao conjunto probatório sob exame, e é a partir dela que se pode afirmar que determinada hipótese restou provada para além de uma dúvida razoável, e não apenas porque o sujeito teria agido em cegueira deliberada.

Finalmente, merece atenção o alerta de Dan Simon¹⁶³⁰, segundo o qual interpretar fatos, exige a construção de narrativas, as quais devem ser críveis e convincentes, eis que, afinal, histórias cativam e comovem o leitor. Portanto, ainda que o raciocínio probatório adote esta noção como princípio reitor, é precisamente tal noção que conduz o juiz a maximizar a certeza, e às vezes distanciá-la da verdade, ainda que o faça involuntariamente. Com efeito, as conclusões lógicas construídas a partir de diversos julgados pretéritos vão se acumulando e se sedimentando na mente do julgador, a ponto de tornar-se difícil adotar outra lógica de raciocínio nos casos futuros, e tal caminho mental se normatiza perigosamente. Eis a razão basilar por força da qual nenhum juízo fático pode dispensar rigorosa motivação, nascida de uma interpretação decantada e prudente, e sem a qual não se poderá afirmar a presença dos elementos da cegueira deliberada acima de qualquer dúvida razoável.

4.4.4 Provas indiretas como evidência do dolo?

Em linha similar às concepções aludidas linhas atrás, Hernando Echandia¹⁶³¹ assinala que a prova é todo elemento que subsidia um enunciado argumentativo, cujos fins são descrever o passado e transmitir certeza àquele que julga. Entretanto, é oportuno observar que para o respeitado jurista colombiano o que se prova não são os fatos, mas os enunciados sobre os fatos, e tais enunciados ostentam caráter mais argumentativo do que descritivo, de modo a conferir coerência e consistência à narrativa processual. Nesse cenário, conquanto o dolo nada mais seja que o predicado, ou uma qualificação de determinado comportamento, provar o

1630 “A series of studies by Nancy Pennington and Reid Hastie shows that jurors naturally fit trial information into story like formats. People make sense of complicated evidence sets by constructing narratives that are formed around intuitive and familiar schemas or scripts of human action. Thus, evidence that lends itself to the story format is more likely to be taken to trial and is more likely to be convincing to a jury” (SIMON, Dan. In Doubt. 1.ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 169).

1631 ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. v. 2. 33. ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973. p. 08. Em sentido semelhante: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; GRINOVER, Ada. Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112-113; GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 159-164.

dolo seria ação, provar o dolo seria argumentar a partir de hipóteses. Por isso, assevera Busato¹⁶³² que “a categoria do dolo passa a ser uma categoria argumentativa, pragmática, ou seja, ao menos no que refere ao dolo, é preciso passar a ter em conta uma pragmática jurídico-penal”. Aduz mais ser “necessário ter em conta que justamente por ser imprescindível a referência aos elementos externos, o dolo guarda estreita relação com o processo penal, ou seja, com a teoria da prova”¹⁶³³.

Noutro giro, e examinando a questão sob o prisma do direito processual, tem-se que o elemento probatório não reivindica determinado estado anímico apriorístico, vale dizer, não formula opção explícita pelo dolo direto ou pelo dolo eventual, especialmente porque não é o objeto que se explica para o sujeito. Portanto, não é o dolo que se mostra em essência, devendo ser interpretado, reconstruído, provado a partir dos indicadores trazidos ao bojo do processo penal, por meio das provas produzidas pelas partes que se embatem no confronto adversarial. Destarte, adverte Alexander Sarch¹⁶³⁴ que a verdade construída no processo a partir das narrativas formuladas e dos elementos probatórios colhidos pode comportar tanto prova do dolo direto, quanto prova do dolo eventual, vale dizer, os elementos probatórios carregados tanto podem evidenciar que o acusado quis o resultado, quanto podem revelar que ele apenas assumiu o risco de produzi-lo, o que possui implicações tanto no conhecimento quanto na vontade. Tal ilação é robustecida por Busato, para quem “o dolo sempre dependerá de uma demonstração objetiva da intenção subjetiva. Deste modo, a ideia do que fundamenta o dolo está completamente conectada com sua demonstração, definitivamente, com sua prova”¹⁶³⁵.

Diante disso, é oportuno examinar determinado critério de classificação das provas, que as reparte entre provas diretas e indiretas, inclusive para que se possa perceber a falsa dicotomia ínsita a tal critério, eis que, em alguma medida, toda prova será invariavelmente indireta. Além disso, será preciso revisitar o dever de motivação do juiz, pois é através dele que a prova ganha voz, naturalmente após ter sido valorada pelo julgador. Tais parâmetros também figuram como limites de aplicação do autêntico estado de *willful blindness*, que não se compatibiliza com a cegueira deliberada de uso retórico e artificial, e que deve atingir o *standard* probatório exigido pelo processo penal. De fato, ao se provar o elemento subjetivo

1632 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In:(Coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 81.

1633 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. Ob. cit., p. 65.

1634 SARCH, Alexander. *Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law*. In: St. John's Law Review. v. 88, n. 4, out. 2015. p. 1029-1030.

1635 BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. Ob. cit., p. 65.

de determinada conduta típica, o que se almeja é poder atribuir conhecimento e vontade a uma determinada ação ou omissão, e tal prova se cristaliza através de certos indicadores externos presentes na situação fática narrada.

O conhecimento científico tem sido construído ao longo dos séculos pela busca de provar hipóteses. Então, se provamos hipóteses, à partida, todos os meios de prova admissíveis são aptos, em maior ou menor grau de relevância, coerência e consistência, a nos dizer algo sobre a situação. Tais provas não nos dizem algo específico, eis que, como já ponderado linhas atrás, o objeto não fala ao sujeito, mas todo elemento probatório é apto a introduzir determinada narrativa sobre o ocorrido, sobre os fatos relevantes da lide penal, que se encontram situados no passado, e que precisam ser resgatados e reconstruídos dentro do processo penal. Entretanto, esse resgate do contexto fático não se limita ao plano objetivo das ações (ou inações), mas igualmente ao subjetivo dos envolvidos, especialmente do arguido e da vítima. Em tal cenário, a livre valoração da prova importa na aceitação de qualquer meio de prova admissível (legalmente e constitucionalmente), para que se possa afirmar que determinada hipótese restou provada, ou para que se possa descartá-la. Bem por isso, a partir do acervo probatório produzido nos autos do processo penal, o juiz poderá realizar qualquer inferência, desde que explicita em sua fundamentação como se deu seu “diálogo com as provas”.

Ragués i Vallès¹⁶³⁶ adverte, entretanto, que “um correto uso da prova indiciária é, via de regra, um meio apto a desbancar a presunção de inocência” e, assim, suprir o *standard* probatório aplicável. Todavia, nesse cenário de interpretação e valoração da prova produzida, o juiz não deve dialogar com cada prova, individualmente considerada, mas sim com o acervo probatório. É preciso compreender que um bolo não é apreciado por cada um de seus ingredientes, isoladamente considerados, mas pelo conjunto (harmônico ou desarmônico) que foi gerado pela junção daqueles ingredientes. Portanto, é imperativo desconstruir duas visões equivocadas que, com alguma frequência são apontadas na doutrina: a) a prova indireta precisa ser valorada com menor credibilidade do que a prova direta; b) a prova indireta não preenche o *standard* probatório vigente no processo penal.

Impõe-se relembrar a clássica diferença posta pela doutrina entre prova direta e prova indireta. A primeira é aquela que enseja pretensa imediação no conhecimento do fato a ser provado, tal como a confissão do arguido. Esta última é aquela que exige um encadeamento maior de inferências para que se chegue ao elemento do tipo, tal como o testemunho de

1636 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 237-238.

alguém que ouviu um interlocutor afirmar a participação do arguido na conduta criminosa. Convém ainda assinalar que o sistema de prova tarifada não foi admitido no processo penal brasileiro, tampouco no processo penal português. Com efeito, dispõe o art. 155 do CPP brasileiro que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Além disso, assinala o art. 239 do mesmo diploma que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, destacando-se que esta última pode ser manejada como fundamentação para a condenação do arguido¹⁶³⁷.

Em Portugal, por seu turno, o art. 127º do CPP luso dispõe que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. Além disso, o art. 129º, nº 1, do mesmo diploma assinala que “se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se não o fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas”. Destarte, ainda que o CPP português se mostre um tanto mais rigoroso quanto à admissão da prova (oral) indireta, a admite em casos específicos que indica.

Ainda no âmbito da Europa Continental, se observa a admissibilidade da prova indireta na Espanha, tanto assim que os arts. 330¹⁶³⁸ e 339¹⁶³⁹, ambos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal de España* (LEC) se referem a provas de qualquer classe. Além disso, preconizando sobre a admissibilidade da prova indireta no plano do ordenamento espanhol, Olivares Abad¹⁶⁴⁰ assinala que a prova indiciária, também conhecida como prova indireta, é aquela que visa demonstrar a certeza de alguns fatos (indícios), que não são constitutivos do crime, mas dos quais eles podem ser inferidos, mas também a participação do arguido, através de um

1637 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 410.

1638 ESPANHA. LEC. art. 330. *Cuando no hayan quedado huellas o vestigios del delito que hubiese dado ocasión al sumario, el Juez instructor averiguará y hará constar, siendo posible, si la desaparición de las pruebas materiales ha ocurrido natural, casual o intencionadamente, y las causas de la misma o los medios que para ello se hubieren empleado, procediendo seguidamente a recoger y consignar en el sumario las pruebas de cualquiera clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito.*

1639 ESPANHA. LEC. art. 339. *Si fuere conveniente recibir algún informe pericial sobre los medios empleados para la desaparición del cuerpo del delito, o sobre las pruebas de cualquiera clase que en su defecto se hubiesen recogido, el Juez lo ordenará inmediatamente del modo prevenido en el capítulo VII de este mismo título.*

1640 OLIVARES ABAD, José Manuel. *Prueba directa y prueba indirecta*. Disponível em: <https://es.linkedin.com/pulse/prueba-directa-y-indirecta-jos%C3%A9-manuel-olivares-abad-olivares-abad>. Acesso em: 10.03.2023.

raciocínio assente no nexos causal e lógico entre os fatos provados e os fatos a provar, os quais devem estar diretamente relacionados com o fato criminoso, havendo coerência e concomitância que exclua a presença dos chamados contra-indícios”.

E sobre o valor atribuível à prova indiciária, assevera o jurista paulista que há dois posicionamentos na doutrina: a) prova secundária ou suplementar, tal como defendido por Pisan, Siracusa, Florián, os quais atribuem à prova circunstancial um valor probatório relativo, eis que se trataria de prova sujeita à graduação, por ser indireta; b) prova indireta com idêntica valoração da prova direta, sendo esta a posição adotada pela doutrina dominante, e tendo como expoentes Lucchini, Manzini, Mittermayer e Melero, segundo os quais a prova circunstancial é das provas mais importantes no processo penal, eis que, inobstante seja considerada imperfeita, em oposição à prova dita legal, é a mais razoável quando o nexos que deve mediar entre os pressupostos conhecidos e o fato que se quer demonstrar se mostra tão próximo, que o raciocínio acredita ver entre o que aspira provar e os meios de prova uma verdadeira relação de causa e efeito. Conclusivamente, tem-se que também na Espanha a prova circunstancial (ou indireta) merece a mesma valoração da prova direta. Destarte, resta evidente que não se afigura razoável impor objeções ao valor probatório da prova indireta.

Retomando o plano do ordenamento brasileiro, certo segmento da doutrina defende a ideia segundo a qual toda prova seria indireta, em certo grau, isto porque, tal qual se desvinculam texto e norma legal, se descolam igualmente o objeto do raciocínio probatório e a prova dele extraída. Nesse sentido, sustenta Carlos Edinger¹⁶⁴¹ que o mesmo raciocínio empreendido na valoração da prova indireta é implementado na valoração da prova direta, de modo que inexistente diferença entre elas, pelo menos no plano abstrato. Aduz ainda que há indicadores do dolo, no âmbito do direito penal material, e por isso pode ele ser objeto de prova processual penal, direta ou indireta. Por consequência, todo juízo fático seria implementado a partir de inferências, realizadas a partir de máximas da experiência (comuns ou técnicas), e por presunções. Assim, ante a incidência desse método estaria dissipada a diferença basilar entre uma “prova direta” e uma “prova indireta”.

Na mesma trilha, Danilo Knijnik¹⁶⁴² argumenta que as inferências são onipresentes, “por não haver distinção, nem ontológica, nem gnoseológica, entre prova direta e indireta”. Contudo, adverte Dallagnol¹⁶⁴³ que há etapas ou degraus para que se possa percorrer de um ponto a outro, e que embora existam inferências racionais em ambos os casos, podem existir

1641 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 113.

1642 KNIJNIK, Danilo. Ob. cit., p. 68.

1643 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. Ob. cit., p. 118.

incontáveis passos intermediários para se chegar à determinada conclusão¹⁶⁴⁴. E em reforço, Ronaldo Borges¹⁶⁴⁵ relembra que a diferença entre suposta prova direta e suposta prova indireta é o número de inferências necessárias para se chegar à comprovação de determinada hipótese, pois o processo lógico inferencial é o mesmo.

Embora não seja de todo prudente apresentar um rol de situações fáticas que possam ser sistematizadas como prova de dolo, Pedro Jorge Costa¹⁶⁴⁶ ousou fazê-lo e propôs algo nesse sentido. Argumenta o jurista pernambucano ser possível afirmar algum consenso a respeito de quatro padrões que potencialmente apontam a existência do elemento cognoscitivo, em abstrato, em determinada conduta: a) o conhecimento mínimo, atribuível a todos que se dizem pessoas normais, capazes e imputáveis; b) a existência de indicativo de uma transmissão prévia desse conhecimento; c) a exteriorização do conhecimento pelo próprio acusado; d) a existência de delegação a respeito do conhecimento¹⁶⁴⁷. Por igual, entende o jurista ser possível evidenciar a presença do elemento volitivo a partir de indicadores comportamentais externos, e nesse sentido argumenta:

“A primeira regra de conduta para a constatação da intenção é a modalidade da conduta, o que fez enquanto a vontade controlava a condução do fato. Exemplo clássico é a distinção entre a intenção de matar e a de causar lesões corporais. Assim, o tipo e a letalidade da arma, os projéteis utilizados, a reiteração e a direção dos golpes ou disparos, a parte do corpo que se pretendeu atingir e a efetivamente atingida, a distância entre autor e vítima, entre outros elementos, significam a intenção no caso concreto. (...). Em outros crimes, não a modalidade, mas a duração ou a repetição da conduta podem significar a intenção do agente. (...) Os comportamentos antecedentes, do agente ou de outrem, igualmente podem servir de regra para a constatação do elemento cognitivo. O agente pode verbalizar dada intenção de praticar certa conduta antes mesmo de o fazer. Se diz a alguém que quer se livrar de inimigo, constitui a intenção de o matar apesar de disparar poucas vezes contra sua barriga. (...) Não só as condutas precedentes, como as sucessivas à consumação, podem significar a intenção no momento do crime. Outras regras de constatação da intenção se referem ao agente e outras pessoas e não às suas condutas ou às condutas de terceiros, como as anteriores. Tal qual relativamente à representação, a qualificação do agente

1644 DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. Ob. cit., p. 112.

1645 BORGES, Ronaldo Souza. A prova pela presunção na formação do convencimento judicial. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016. p. 190-191.

1646 COSTA, Pedro Jorge. Ob. cit., p. 240-256.

1647 Ramon Ragués i Valles propõe critérios semelhantes a esses, para, em sua nomenclatura utilizada, descortinar-se o sentido social da conduta (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 521-523). No mesmo sentido: PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ob. cit., p. 629-630.

pode servir para a prova do elemento volitivo. Alguém com especial treinamento com armas de fogo dificilmente acerta a cabeça da vítima sem significar essa intenção. O contador que envia documentos falsos dando conta de recebimento a menor de renda significa a intenção de suprimir ou reduzir tributos. A qualidade pessoal da vítima também pode ter influência. Quem acerta três marteladas em adulto de compleição física avantajada constitui intenção diferente de quem o faz contra frágil idoso. O motivo da ação é outra regra potencialmente relevante para a intenção (...) O contexto do processo motivacional, se lícito ou ilícito, igualmente pode servir de regra para constatação da intenção”¹⁶⁴⁸.

Ao que parece a tentativa de sistematização dos filtros (dos elementos cognitivo e volitivo), tal como proposta por Pedro Jorge Costa, seria um ensaio voltado a inibir a “insindicável persuasão racional do juiz a qual pode esconder preconceitos e regras sem qualquer embasamento”¹⁶⁴⁹, e não propriamente uma construção normativa de indicadores do dolo. Em todo caso, os padrões comportamentais assinalados na proposta são parâmetros bastante razoáveis a partir dos quais determinados temas podem ser discutidos, e servir como fios condutores de produção probatória. Especificamente quanto à bagagem de conhecimentos e aos comportamentos pretéritos do agente, ao que parece tais critérios são suficientes para fornecer segurança jurídica e a possibilidade de se controlar uma imputação de cegueira deliberada, especialmente porque a fixação de variados padrões de conduta mais se aproxima de uma abordagem com visão probabilística do tema, ou mesmo da técnica utilizada nas *sentencing guidelines*¹⁶⁵⁰. Contudo, demonstrando certa reserva em relação aos padrões comportamentais aludidos linhas atrás, Carlos Edinger¹⁶⁵¹ pondera que eles não representam mais do que a descrição de situações fáticas prováveis de acontecer, dada a sua repetição em termos gerais, e que afirmar a configuração de conhecimento e vontade a partir deles importaria em ignorar diferentes argumentos e narrativas, inclusive heurísticas¹⁶⁵², que podem

1648 COSTA, Pedro Jorge. Ob. cit., p. 269-278.

1649 COSTA, Pedro Jorge. Ob. cit., p. 237.

1650 Inspiradas no MPC, as *sentencing guidelines* dos estados federados são regras que estabelecem uma política uniforme para sentenciar pessoas e organizações condenadas por tribunais federais norte-americanos. Tais diretrizes não se aplicam a delitos menos graves. Inobstante tenham sido inicialmente consideradas obrigatórias, a decisão da Suprema Corte dos EUA de 2005, no caso *US vs. Booker*, sustentou que as *sentencing guidelines*, como originalmente constituídas, violaram o direito a um julgamento perante o Júri, tal como garantido pela Sexta Emenda à Constituição Americana. Assim, foi revogada a lei que as fixava como obrigatórias, mas após o julgamento do caso *Blakely vs. Washington* (2004), também pela Suprema Corte, as *sentencing guidelines* passaram a ser consideradas apenas consultivas. Os juízes estaduais, a seu turno, não são afetados pelas *sentencing guidelines* (OLIVEIRA, Magno Gomes. Proporcionalidade e Individualização da Pena. 1. ed. Fortaleza: Littere, 2020. p. 128-129).

1651 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 117.

1652 A heurística é uma técnica de pensamento e comportamento praticamente automática nos humanos, que age de modo intuitivo e inconsciente para achar prováveis respostas para aquilo que procuram. A heurística

ser objeto de determinado processo. Bem por isso, ainda que determinado padrão de conduta possa ser critério para aferir a consistência e coerência da imputação feita, tal padrão não será conceito normativo relevante para a indicação do dolo. Portanto, não se pode apontar caráter normativo a determinado rol de condutas, baseado apenas numa eventual probabilidade acentuada de que ocorram.

4.4.5 Intenção de lucro como evidência do dolo?

Relativamente à valoração da prova, esta se opera obrigatoriamente a partir de elementos probatórios trazidos aos autos pelas partes, sobre os quais incidirá a carga cognitiva do juiz, valendo-se igualmente das experiências do senso comum do homem médio, que foram por si acumuladas ao longo dos anos, mas podendo se valer igualmente dos conhecimentos especiais de peritos que sejam convocados para auxiliar na interpretação de determinadas provas técnicas, essencialmente mais complexas. Todavia, a valoração realizada pela mente do julgador, e explicitada na motivação de sua sentença, não corresponderá obrigatoriamente ao processo mental por ele desenvolvido. Quanto ao ponto, Michele Taruffo¹⁶⁵³ relembra que a motivação-atividade é distinta da motivação assinalada no decisório judicial. Segundo Ronaldo Borges¹⁶⁵⁴, enquanto exame crítico, a valoração da prova deve ser vista a partir de parâmetros racionais e dos valores normativos do sistema, ainda que o procedimento intelectual realizado pelo julgador seja de quase impossível acesso. Aliás, precisamente porque o processo mental interno do juiz é pragmaticamente insondável, é que se exige uma motivação exaustiva quanto à valoração da prova, e quanto ao tema, Sérgio Mattos¹⁶⁵⁵ pontua que “na justificação interna, o juízo pode ser inferido logicamente das premissas de fato e de direito, empregadas na motivação da decisão judicial”. E além disso, Kazuo Watanabe¹⁶⁵⁶ destaca que é a partir da resolução das questões fáticas, justificadas e

pode ser considerada um “atalho mental” usado no pensamento humano para se chegar aos resultados e questões mais complicadas de modo rápido e fácil, mesmo que estes sejam incertos ou incompletos. A imaginação, a criatividade, o pensamento lateral e divergente, aliados às experiências de vida própria ou observada são responsáveis por ajudar a formar os processos cognitivos da heurística. Ainda na década de 1950, o psicólogo e prêmio Nobel Herbert Simon, sugeriu que, enquanto as pessoas se esforçam para fazer escolhas racionais, o julgamento humano está sujeito a limitações cognitivas, temporais, de capacidade intelectual, e ainda perceptivas, todas com influência no processo decisório. Nos anos 1970, os psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman apresentaram suas pesquisas sobre os vieses cognitivos e sua influência no pensamento e nas decisões dos indivíduos. Disponível em: <https://institutoconectomus.com.br/o-que-e-heuristica/>. Acesso em: 10.03.2023.

1653 TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 67.

1654 BORGES, Ronaldo Souza. Ob. cit., p. 134.

1655 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido Processo Legal e Proteção de Direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 262.

1656 WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 65.

motivadas na decisão do julgador, que se opera o esquema silogístico final necessário ao preenchimento do tipo penal.

Por tudo isso, em primorosa síntese, Ronaldo Borges¹⁶⁵⁷ assinala os critérios seguintes a partir dos quais se possa corrigir a valoração probatória: a) exaustividade, b) congruência, c) integridade e comunhão da prova, d) imparcialidade. Sobre o primeiro dos critérios, argumenta o jurista que consiste na análise e valoração de todas as provas acostadas aos autos, pois não é dado ao julgador escolher as provas que examinará, tampouco se furtar do exame de eventuais elementos probatórios ofertados pela defesa, e que sejam potencialmente capazes de afastar hipótese de conhecimento ulterior acessível, sem os quais terá inexistido o estado de cegueira deliberada. E pouco importando se os elementos probatórios são diretos ou indiretos, a exaustividade do exame e valoração judicial deve estar voltada a perquirir sobre padrões para imputação dos elementos cognitivo e volitivo, mas igualmente a divisar algum eventual indicador de erro sobre elemento do tipo.

Acerca do terceiro requisito, traduz “a necessidade de uma correlação entre as alegações das partes e a decisão”¹⁶⁵⁸, de modo que a prova seja axiologicamente avaliada à luz dos enunciados fáticos sobre ela feitos, e assim sejam necessariamente interpretadas a partir dos limites hipotéticos assinalados pela acusação e pela defesa, e nunca fora delas, sob pena de que seja prolatada uma sentença *extra petita*. Sobre o terceiro requisito, ele se refere à “indivisibilidade do acervo probatório”¹⁶⁵⁹. Ionilton do Vale¹⁶⁶⁰ adverte ainda que a comunhão da prova constitui corolário do princípio do contraditório, e por tal motivo a testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida pela outra, mesmo porque aquele depoimento não pertencerá a qualquer das partes, mas ao processo, pois as provas não são departamentos estanques e fechados. Além disso, o princípio da comunhão das provas é extensível a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório¹⁶⁶¹.

1657 BORGES, Ronaldo Souza. Ob. cit., p. 137.

1658 BORGES, Ronaldo Souza. Ob. cit., p. 138.

1659 BORGES, Ronaldo Souza. Ob. cit., p. 138.

1660 VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: da prova e dos sujeitos processuais. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 8.

1661 BRASIL. STF. HC nº 94.173/BA. Habeas Corpus. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 27/10/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336.

Ainda sobre o requisito da comunhão da prova, Daniel Mitidiero¹⁶⁶² pondera que para que se possa reputar fundamentada uma decisão, deve ela enunciar: a) a individualização das normas aplicáveis, inclusive quanto ao elemento subjetivo do tipo (CPB, art. 18); b) o relato das alegações de fato; c) a qualificação jurídica do suporte fático, que corresponde a atribuir os elementos cognitivo e volitivo, nos moldes de uma narrativa de cegueira deliberada, à situação fática revelada pelo conjunto do acervo probatório; d) as consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica atribuída, que eventualmente atraia a incidência do estado anímico de dolo eventual; tudo isso por meio de esclarecimento dos nexos constatados e das inferências feitas. Portanto, para que se possa preencher a imputação subjetiva, a partir de um juízo fático que almeja a verdade como correspondência, é imperativo definir qual o padrão probatório tomado em conta, e que seja apto a revelar o que se entende por dúvida razoável no contexto fático apurado.

É igualmente necessário motivar a valoração da prova trazida aos autos, assinalando quais as que emprestaram suporte à hipótese fática (da acusação ou da defesa), e explicando o motivo de tal conclusão. Finalmente, devem ser explicitadas as inferências e as presunções levadas em consideração para a formação do juízo fático, pois nenhum caso será igual a outro, razão por que a justificação interna e externa da decisão que exprima os juízos de imputação subjetiva a partir dos elementos probatórios realizados constitui dever do juiz e direito subjetivo do arguido. Portanto, caso a sentença judicial preencha tais requisitos, a alusão ao estado de cegueira deliberada seguramente não corresponderá a um mero subterfúgio retórico, eis que o decisório não terá tangenciado os motivos (fáticos e jurídicos), a partir dos quais restaram constatados e valorados os indicadores de dolo eventual na conduta¹⁶⁶³. Demais disso, considerando a tênue linha divisória que aparta o agir com dolo eventual, do agir com culpa consciente, ou mesmo em erro de tipo, tem-se por potenciado o dever de fundamentação exaustiva acerca dos elementos fáticos e probatórios, inclusive para que a busca da verdade como correspondência não se vergue diante do “efeito perseverança”, e não desemboque em mera ratificação da projeção fática inicial feita pelo juiz.

Sucedem que para cumprir escrupulosamente os deveres de fundamentação da sentença, especialmente se esta for de conteúdo condenatório, o juiz deverá estar atento a todas as circunstâncias relevantes da causa, as quais podem variar um pouco conforme o ordenamento interno de cada Estado. Apenas para facilitar a compreensão do argumento, adote-se como

1662 MITIDERO, Daniel Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 151.

1663 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Ob. cit., p. 101.

exemplo o art. 59 do CPB, o qual exige ao julgador brasileiro observância a oito critérios: a) culpabilidade, b) antecedentes do agente, c) conduta social do agente, d) personalidade do agente, e) motivos do crime, f) circunstâncias do crime, g) consequências do crime, h) comportamento da vítima.

Dentre todas estas circunstâncias, a que mais se afina ao elemento volitivo do dolo (direto ou eventual) é o motivo, pois o motivo é o combustível da vontade. E para além disso, a motivação é inteiramente individual e subjetiva. Com efeito, duas ou mais pessoas podem se associar para o cometimento de uma conduta criminosa, mas enquanto uma delas decide fazê-lo por cobiça, outra pode decidir fazê-lo pelo desejo de vingança contra a vítima, e uma terceira pode decidir se integrar à empreitada criminosa por se sentir em dívida com algum dos demais agentes.

Destarte, o motivo do crime dialoga com o “direito penal do autor”, e “num Estado de Direito de inspiração democrática, deve-se punir o arguido ‘pelo que fez’ e não ‘pelo que é’”. Aí reside a diferença fulcral entre o direito penal de fato e o direito penal de autor. Para este último, a conduta exteriorizada pelo autor do delito interessa menos que seu modo de ser ou sua conduta social. Não por acaso esse modelo de direito penal prevaleceu na Alemanha nazista, onde a punição se dava em prejuízo de quem atentasse contra a sã consciência do povo alemão, ainda que não houvesse previsão legal incriminadora específica”¹⁶⁶⁴. Nesse sentido, dispunha o artigo 2º do Código Penal alemão da época que “É punido quem pratica uma ação que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e uma sã consciência do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este será castigado conforme a lei cujo conceito básico melhor corresponder”.

Quanto aos motivos do crime, eram resumidos em três categorias pelo Prof. Clodoaldo Pinto, então Catedrático da Faculdade do Direito do Ceará ainda na primeira metade do século XX. Sustentava o respeitável lente que todos os crimes da história da humanidade decorrem de três únicas causas: dinheiro, bebida ou mulher. Naturalmente que o passar do tempo, por vezes, exige uma mudança de rótulos (ou etiquetas), mas ainda assim os crimes continuam ostentando três causas possíveis: a) cobiça, b) entorpecimento dos sentidos, c) causas passionais. Entretanto, para efeito do raciocínio ora desenvolvido somente a primeira causa nos interessa. Cobiça deriva do vocábulo latino “*cupiditas*”, o qual significa desejo intenso, ambição, mas também deriva de “*cupere*”, que traduz os sentimentos de querer, ou

1664 OLIVEIRA, Magno Gomes. Ob. cit., p. 94.

desejar ardentemente. Por outro lado, segundo os textos bíblicos se percebe a cobiça como um desejo imoderado e inconfessável de possuir algo que, geralmente, pertence a outrem. Ainda sobre os riscos inerentes à cobiça, atribui-se ao filósofo Epicuro¹⁶⁶⁵ gravosa advertência: “Queres ser rico? Pois não te preocupes em aumentar os teus bens, mas sim em diminuir a tua cobiça”¹⁶⁶⁶.

Nessa ordem de ideias, e relembando que os elementos cognitivo e volitivo são vasos comunicantes, ainda que estejam presentes conjuntamente na formação do estado anímico doloso, não precisam concorrer com percentuais idênticos. Com efeito, frequentemente a cobiça não apenas impulsiona a vontade do agente, como igualmente nubla a racionalidade do Ego e os freios morais do Superego. Por consequência, o elemento cognitivo é suplantado e é colocado em plano subalterno, para que o agente possa satisfazer sem remorsos cognitivos a impulsividade de sua conduta, a qual foi previamente alimentada pelo carvão da cobiça. E para os adeptos do brocardo de que *“pecunia non olet”*, cabe o prudente alerta de que o dinheiro pode até não ter cheiro, mas efetivamente estimula a cobiça, e esta não apenas corrompe os valores, como incendeia o desejo do ter, do possuir, do acumular. Por óbvio que uma vez convertido o desejo em ação, esta deverá importar em consequências, sempre que for lesiva a bens jurídicos penalmente tutelados. Portanto, não se pode ignorar que a intenção de lucro (especialmente farto e abundante), deve ser tida como evidência do dolo.

Finalmente, inobstante a admissão de prova indireta para a condenação possa ser interpretada como um alargamento da discricionariedade judicial, isso não se opera de fato, pois toda prova haverá de ser tida como indireta, na medida em que a diferença entre suposta prova direta e suposta prova indireta é o número de inferências necessárias para se chegar à comprovação de determinada hipótese, pois o processo lógico inferencial é o mesmo. Destarte, o controle das partes não se realiza pela tarifação da prova, mas pela motivação

1665 Epicuro (341-271 a.C.) foi um filósofo da Grécia Antiga, e fundador do “Epicurismo”, um sistema filosófico que proclama o prazer obtido mediante a prática da virtude como o único bem superior do homem. Epicuro nasceu na ilha de Samos, Grécia, no ano 341 a.C., e desde muito jovem interessou-se pela filosofia, tendo sido aluno do filósofo platônico Pânfilo. Aos 18 anos viajou para Atenas, onde ouviu os ensinamentos de Xenócrates, sucessor de Platão na Academia. Após diversas viagens ensinou em Mitilene, Lampsaca. Em 306 a.C. voltou a Atenas, comprou uma propriedade e fundou sua própria escola que chamou de “Jardim”, onde formou uma comunidade em que conviveu com amigos e discípulos. Pregava um bom relacionamento entre mestre e aluno. Era um filósofo pessimista, mas um pessimista sorridente. Pregava ele que a vida é quando muito uma tragédia. Que não somos os filhos de Deus, mas os enteados da natureza. “Nascemos e vivemos por acaso.” “Depois da morte não há outra vida”. Epicuro não acreditava na imortalidade. “Por que temer a morte e os infernos, se a alma não passa de um conjunto de átomos que se desintegram com o corpo?” Segundo os estudiosos, o epicurismo é essencialmente a filosofia da Grécia em crise, e significou uma moral para gente com medo do mundo, do qual fugia para se confinar no estreito egoísmo. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/epicuro/>. Acesso em: 10.03.2023.

1666 Disponível em: <https://www.citador.pt/frases/queres-ser-rico-pois-nao-te-preocupes-em-aumentar-epicuro-5485>. Acesso em: 10.03.2023.

explicitada pelo órgão julgador, a qual precisa obedecer determinados critérios racionais, a fim de se mostrar apta, suficiente e necessária, sobretudo quando apontar que o agente agiu em estado de cegueira deliberada. E caso se mostre inidônea a valoração probatória, restará igualmente viciada a fundamentação da sentença, e precisamente por isso seu predicado natural será a nulidade, reconhecida e proclamada em instâncias superiores. Em arremate, cumpre ainda ponderar que a sindicabilidade da sentença se encontra intimamente relacionada às balizas principiológicas da cegueira deliberada, seja em sua definição, seja em sua aplicação. Bem por isso, o tópico seguinte busca fornecer uma maior delimitação sobre a conformidade da *willful blindness* e os sistemas jurídico-penais de inspiração romano-germânica, dentre os quais os sistemas normativos penais brasileiro e português.

4.4.6 Ignorância premeditada como evidência de dolo eventual?

Logo nas primeiras linhas deste capítulo houve a detida análise dos quatro graus de *culpability*, que são adotados pelos sistemas jurídicos de raiz anglo-americana, e mesmo naquele título inaugural restou destacado que significativa parcela da doutrina norte-americana admite a *willful blindness* com um *tertium genus*, cuja reprovabilidade seja superior àquela da conduta culposa, mas inferior que aquela do comportamento doloso. Por igual, também não se pretende estabelecer qualquer liame biunívoco entre os quatro graus de culpabilidade dos sistemas anglo-americanos e os quatro graus de culpabilidade dos sistemas romano-germânicos. E para além disso, é necessário que a doutrina consiga suplantar a lógica binária que só compreende dolo e culpa, notadamente porque existem circunstâncias fáticas em que a cegueira deliberada tem matiz de conduta meramente culposa, mas há outras situações em que o comportamento ostenta cariz próprio do dolo eventual.

Assim como não se pode estabelecer uma equivalência imutável entre lei e norma, o mesmo não pode ser feito entre cegueira deliberada e dolo eventual. É certo que a interpretação das leis principia com as palavras da lei promulgada, vale dizer, com o exame “das marcas da tinta na página impressa”¹⁶⁶⁷. Nessa esteira, é natural esperar do enunciado de um tipo penal, qualquer que seja ele, que se divise a incriminação de uma conduta dolosa ou culposa. Contudo, é preciso compreender a impossibilidade de se conferir um determinado significado prévio ao texto legal, porque “lei não é norma, e norma é o resultado da

1667 SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge; Harvard University Press, 2009. p. 151.

interpretação possível do enunciado normativo, a partir de um amplo espectro de possibilidades”¹⁶⁶⁸.

Por simetria de razões, somente a interpretação do órgão judicial competente deterá a capacidade de examinar e valorar indicadores externos de uma conduta para, a partir deles, concluir que: a) o agente se comportou em estado de cegueira deliberada, b) o agente assim agiu para deliberadamente se afastar de um conhecimento que estava facilmente acessível, c) o agente assim procedeu por deter conhecimentos intuitivos de que a conduta que lhe era demandada poderia preencher o elemento objetivo do tipo, d) ao deter conhecimento (mesmo que intuitivo) e vontade indisfarçável de realizar a conduta, o agente terá preenchido os requisitos necessários à configuração do elemento subjetivo do dolo (ainda que na modalidade de dolo eventual).

Sucede que as atividades judiciais de: a) acolhimento da prova relativa aos fatos relevantes da causa, b) valoração da prova para poder interpretar comportamentos (do arguido, da vítima, ou de terceiros), c) extração de conclusões a partir de critérios racionais e lógicos, d) explicitação dessas conclusões por meio da fundamentação da sentença, não apenas propiciam a sindicabilidade da sentença, como permitem a aferição sobre a pertinência e idoneidade dos elementos objetivo e subjetivo do tipo penal que tenha sido imputado ao arguido na peça acusatória previamente ofertada pelo agente de persecução penal. Assim, tal qual o juiz se valeu do processo penal, e das provas nele coletadas, para projetar de modo retrospectivo os comportamentos incriminados, a fim de desvendar-lhes o *modus operandi* e o respectivo estado anímico inspirador, poderão as partes, notadamente a parte sucumbente, se valer da sentença para, através dela, compreender o processo mental do juiz para interpretação e valoração das provas, como também o processo mental que permitiu ao juiz inferir e concluir que o arguido agiu impelido por dolo, e não apenas por mera negligência.

Nesse cenário processual, o estado de cegueira deliberada pode se apresentar como uma hipótese a ser testada, pois é possível que o indivíduo atue com dolo eventual ao deliberadamente se distanciar de um conhecimento acessível sem maiores dificuldades. Caso assim proceda, o indivíduo assumirá o risco de produzir um resultado penalmente típico. Portanto, resta cristalizada a cegueira deliberada quando, acima de qualquer dúvida razoável, o indivíduo evita propositalmente adquirir maior grau de conhecimento sobre os contornos e eventuais consequências penais da conduta que lhe é demandada, mesmo dispondo de acesso a elementos que tornariam maior e melhor o conhecimento possível. Por tais razões, é correto

1668 EDINGER, Carlos. Ob. cit., p. 15.

concluir que o conceito de *willful blindness* se amolda aos limites legais do dolo eventual, bem como preenche os requisitos de uma conduta penalmente culpável, à luz do princípio da legalidade.

Considerando a intangibilidade do dolo psicológico, a ciência jurídica precisa necessariamente trabalhar com o dolo normativo, o qual é preenchido e reconstruído a partir da interpretação dos fatos relevantes da causa, notadamente porque tais fatos serão indicadores da presença (ou ausência do dolo). Pondere-se mais que a interpretação meramente gramatical do que seja conhecimento e vontade não conduz necessariamente a uma visão psicológica, razão por que é invariavelmente necessário recorrer aos indicadores fáticos e objetivos de um estado anímico doloso, os quais possam evidenciar uma relação de pertinência com uma interpretação de conhecimento e uma interpretação de vontade, destituída de qualquer visão psicológica do fenômeno. Portanto, tendo em conta o conceito de *willful blindness* e adotando uma visão normativa de dolo, é possível reconhecer que a cegueira deliberada é um estado fático que traduz um investimento subjetivo do acusado e que pode ser objeto de prova, e tal objeto será a descrição da situação fática na qual o sujeito se encontrava e a aferição dos requisitos que assinalam a ocorrência de uma abstenção deliberada de incremento cognitivo, e que teve por consequência a assunção de um risco, ou mesmo a ampliação de um risco.

Além disso, lembre-se que segundo Vives Antón¹⁶⁶⁹, tanto o estado anímico de dolo, quanto o estado anímico de cegueira deliberada, nada descrevem de *per se*, mas apenas qualificam determinadas características do ato, da circunstância, ou do fato. Ragués i Vallès¹⁶⁷⁰ acrescenta que representam imputação de uma qualificação não-mensurável a determinado agir, que tem como referencial o sujeito. Em outras palavras, a cegueira deliberada se atribui a um sujeito, utilizando-se, para tanto, de verificação empírica, a partir das quais se conclui pela presença de dolo, necessariamente referenciável ao sujeito. Bem por isso, salienta Diaz Pita¹⁶⁷¹ que o dolo não existe como existe uma cadeira ou um livro; o dolo existe como qualidade não-mensurável atribuída. Então, nessa ordem de ideias, o estado de cegueira deliberada é uma característica atribuível a partir dos fatos narrados (e provados), sendo igualmente capaz de indicar a existência de dolo no comportamento do agente. Assim, primeiro se atribui e se prova a ocorrência da cegueira deliberada para, somente depois, ser

1669 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Ob. cit., p. 657.

1670 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ob. cit., p. 275.

1671 DIAZ PITA, Maria del Mar. A Presumida Inexistência do Elemento Volitivo no Dolo e sua Impossibilidade de Normativização. Ob. cit., p. 12.

possível aferir e afirmar se tal estado de ignorância deliberada se conjuga com dolo eventual (ou com culpa). Eis o motivo pelo qual a constatação da cegueira deliberada depende de um sério juízo fático e, quando preenchido seu suporte, é necessário aludir às circunstâncias específicas do delito¹⁶⁷², tal como se tem observado em precedentes da jurisprudência brasileira¹⁶⁷³.

Por tudo isso, é necessário concluir que o estado de cegueira deliberada configura uma das hipóteses de dolo eventual, eis que não foge do juízo fático a respeito das decisões individuais voltadas à abstenção do incremento cognitivo, quando o agente se depara com uma situação de suspeita de que sua conduta possa integrar o elemento objetivo do tipo, especialmente quando tais circunstâncias são detectáveis por meio de provas, e tais provas podem ser valoradas objetivamente pelo julgador, a partir de critérios necessariamente explicitados¹⁶⁷⁴, e na medida em que a imputação do dolo se opera por meio de indicadores externos, judicialmente valorados e motivados, tais indicadores fornecem maior previsibilidade sobre a conduta escrutinada, como a *ratio decidendi* da sentença judicial se torna igualmente escrutinável.

4.5 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

1672 Saliente-se que Ramon Ragués i Vallès propõe alguns indicativos, não exaustivos, dessa situação de cegueira deliberada: a suspeita prévia, a persistência na decisão de se desconhecer e a busca de benefícios sem a assunção de riscos próprios (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Ob. cit., p. 187).

1673 Brasil. STJ - AgRg no REsp: 1565832 RJ 2015/0282311-7, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 06/12/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2018. No mesmo sentido: TRF-4 - ACR: 50049375220204047005 PR 5004937-52.2020.4.04.7005, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de Julgamento: 01/09/2021, OITAVA TURMA; TRF-4 - ACR: 50041893520164047207 SC 5004189-35.2016.4.04.7207, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de Julgamento: 22/08/2018, OITAVA TURMA; TRF-4 - ACR: 50213508620194047002 PR 5021350-86.2019.4.04.7002, Relator: SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Data de Julgamento: 04/08/2020, SÉTIMA TURMA; TRF-3 - ApCrim: 00012768520114036006 MS, Relator: Desembargador Federal MAURICIO YUKIKAZU KATO, Data de Julgamento: 06/04/2021, 5ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 07/04/2021; TJ-RS - ACR: 70079478699 RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 14/11/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/12/2018; TJ-CE - APL: 01933201420168060001 CE 0193320-14.2016.8.06.0001, Relator: MARIO PARENTE TEÓFILO NETO, Data de Julgamento: 17/09/2019, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/09/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=cegueira+deliberada>. Acesso em: 10.03.2023.

1674 369 FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 20.

01) O grau de intencionalidade do agente é extraído, por inferência lógica, a partir das condutas (comissivas ou omissivas) deste, que restem provadas no plano fático, e que devem ser valoradas a partir da motivação e forma de execução, as quais devem ser cotejadas com padrões comportamentais do “homem médio”, por ser virtualmente impossível estabelecer uma “régua cognitiva” unificada por meio da qual todos os indivíduos consigam representar mentalmente o mesmo resultado a partir de suas ações, pois aquilo que alguns compreenderão como certeza, outros perceberão como acentuada probabilidade, outros admitirão apenas como possibilidade, e outros mais compreenderão como possibilidade remota de resultado.

02) Conhecer e querer são processos psicológicos concretos, que seguem um caminho determinado, mas são perceptíveis por meio de provas coletadas no processo penal, e que devem revelar se houve efetiva adesão mental do sujeito àquela conduta objetivamente constatada, razão por que é essencial fixar critérios objetivos para aferição da prova do dolo normativo, inferido a partir do sentido social da conduta do agente.

03) O comportamento de cegueira deliberada não é identificado a partir de estados anímicos internos do sujeito, mas pelas escolhas deste, que podem ser provadas a partir de circunstâncias fáticas que funcionam como filtro de aferição de um comportamento doloso (direto ou eventual), e que podem revelar que tais condutas consistem em estratégia ou *modus operandi* do agente para se evadir da prova do dolo, especialmente por ser impossível aferir cientificamente os contornos de seu estado mental.

04) Nenhum indivíduo calcula objetivamente as consequências de suas condutas, e nem conseguiria fazê-lo, ante a profusão de variáveis externas a seu controle, razão por que realiza apenas uma projeção de sucessos e insucessos, para optar por determinada conduta, e por isso a expressão “alta probabilidade” significa que o agente consegue, no máximo, fazer uma projeção de resultados possíveis de sua atitude, o que consiste em previsibilidade, e não em “alta probabilidade”.

05) Só haverá risco juridicamente desaprovado se a abstenção da conduta proibida representar uma melhoria relevante à situação do bem jurídico concreto, mas os conhecimentos especiais do agente retiram a neutralidade de sua conduta, que poderá se revelar penalmente relevante, seja por recurso à cegueira deliberada em sentido estrito, seja através de participação ou cumplicidade no crime subjacente, naturalmente sem perder de vista que risco e recompensa sempre caminham juntos.

06) Não pode o juiz se eximir do ônus de demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, e a partir dos indicadores externos provados, que o comportamento do arguido efetivamente correspondeu a um estado de cegueira deliberada, ou de dolo, ou de mera

conduta negligente, e isso deve ser feito através de um *standard* probatório que tenha por alvo o alcance da “verdade possível”.

07) Quando a cobiça impulsiona a vontade do agente, restam nublados a racionalidade do Ego e os freios morais do Superego, e assim o elemento cognitivo do agente é suplantado para que este possa satisfazer seus impulsos volitivos, sem remorsos cognitivos, e daí decorre que a intenção de lucro (especialmente se abundante), pode ser um severo indicador da presença de dolo direto, ou de dolo eventual, ainda que este seja dissimulado através do recurso à estratégia da cegueira deliberada.

Capítulo V

O SEGREDO PROFISSIONAL E OS ADVOGADOS

5.1 Do sigilo bancário ao sigilo profissional dos advogados

É oportuno realizar uma justificativa preliminar sobre as razões pelas quais o tema do sigilo profissional tem início com a abordagem do sigilo bancário. Em primeiro lugar, a atividade bancária é um ofício profissional que remonta à Antiguidade, e que assumiu contornos de ofício ainda na Idade Média. Em segundo lugar, tem-se por certo que o branqueamento de capitais teve início através de operações realizadas no âmbito das instituições financeiras, precisamente para que os branqueadores pudessem se beneficiar do sigilo bancário. Postas tais premissas, é necessário reconhecer que, por milhares de anos, as instituições financeiras têm exercido relevante função na organização da sociedade, e nos dias atuais é inconcebível que as relações sociais e mercantis se operem sem a atuação de uma instituição financeira. Todavia, desde priscas eras se percebeu a necessidade de preservar informações dos clientes.

É oportuno refletir sobre a diferença entre o dever ético e o dever jurídico do sigilo, pois o primeiro se reporta a um vínculo de ordem moral que deve reger os comportamentos individuais dentro da sociedade, ao passo que dever jurídico é derivado, inicialmente da lei, quando esta impõe o resguardo quanto à divulgação de informações pessoais do cliente, e secundariamente deriva do vínculo contratual ajustado entre o cliente e a instituição bancária por ele escolhida. Destarte, quando há violação de uma norma moral a sanção se resume à reprovação social, ao passo que o descumprimento de um dever jurídico pode importar em responsabilização administrativa, civil e criminal.

Naturalmente que o dever de sigilo bancário é apenas uma espécie do gênero sigilo profissional, o qual é exigível de várias categorias laborativas. Nesse sentido, João Bernardino Gonzaga¹⁶⁷⁵ relaciona como obrigados ao dever de sigilo as categorias seguintes: a) sacerdotes, b) advogados, c) médicos, d) outras profissões sanitárias, e) farmacêuticos, f) veterinários, g) conselheiros conjugais, h) orientadores educacionais, i) jornalistas, j) artesãos

¹⁶⁷⁵ GONZAGA, João Bernardino. Violação de sigilo profissional. São Paulo: Max Limonad, 1976. p. 77-142.

em geral, k) empregados domésticos, l) empregados de instituições privadas, m) funcionários públicos, n) tabeliães. Isso não implica dizer, contudo, que as informações reservadas obtidas por força do desempenho do ofício profissional estejam sempre e invariavelmente acobertadas pelo dever de sigilo, mesmo porque inexistem direitos absolutos.

Com efeito, a simples existência do instituto da legítima defesa evidencia que até mesmo o direito à vida pode ser relativizado. Portanto, seria no mínimo temerário sustentar a ocorrência de um inexpugnável dever de sigilo profissional. Nesse sentido assinalou julgado do STJ brasileiro, segundo o qual “o sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida. Precedentes análogos. Recurso desprovido”¹⁶⁷⁶.

Apenas a título de exemplo, no âmbito da categoria profissional dos contadores, que normalmente atuam como profissionais liberais (tal qual a maioria dos advogados), dispõe o art. 2º da Resolução CFC nº 803/96 (Código de Ética Profissional do Contador)¹⁶⁷⁷ que “são deveres do Profissional da Contabilidade: (...) II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade”.

Finalmente, no caso da categoria profissional dos advogados brasileiros, dispõe o Código de Ética e Disciplina da OAB¹⁶⁷⁸, em seu art. 25, que “o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa”. É curioso observar, contudo, que tal diploma normativo (infralegal) autorize o afastamento do dever de sigilo em caso de conflito de interesses entre o advogado e seu cliente (ou ex-cliente), mas paradoxalmente se verifique enorme resistência da mesma corporação de ofício em admitir a existência de justa causa para afastamento do dever de sigilo quando a atividade profissional do advogado está sendo instrumentalizada para propiciar a concretização do gravoso crime de branqueamento de capitais. É impossível tangenciar constatação de que naquela primeira situação existe um

1676 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 11.453/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 324.

1677 BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Código de Ética Profissional do Contador. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/codigo-de-etica-do-contador.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

1678 BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

conflito entre interesses individuais, por vezes de natureza cível, ao passo que nesta segunda situação incide o interesse coletivo de toda a sociedade.

Ainda discorrendo sobre o sigilo profissional dos advogados, João Bernardino Gonzaga¹⁶⁷⁹ adverte que “toda a delicadeza da missão do advogado surge com mais forte colorido quando atua no campo criminal. Tem diante de si, culpado ou inocente, pouco importa, um homem acuado; que, muitas vezes sob mostrança de insensibilidade, de cinismo até, mascara que o que sente, realmente, é medo. (...) Dois favores deseja o réu do seu advogado. Que este, com os conhecimentos de que dispõe, com sua habilidade, como um técnico, contrabalance e suplante a vaga hostil que o sufoca. Mais do que isso, porém, espera nele encontrar, agora como amigo, um confidente. Duas são, portanto, as forças que o compelem a falar: transmitir informações que possam ser úteis à sua defesa; mas, principalmente, abrir-se por necessidade espiritual, para dar vazão ao que se comprime dentro da sua alma”. Aduz ainda o jurista paulistano que “trair tal missão é inconcebível, por parte de quem, consignam Chaveau e Hélie, como o padre, recebe no exercício das suas funções as confidências e confissões das partes, de sorte que, se essas revelações não fossem acolhidas como um depósito inviolável, a confiança que a profissão atrai não passaria de detestável armadilha”. E arremata invocando as lições de Carrara, segundo o qual “de todas as ideias tirânicas, a mais tirânica é a de pretender que o advogado defensor comunique confidencialmente ao Ministério Público ou ao juiz as coisas que lhe hajam sido confiadas pelo seu cliente”¹⁶⁸⁰.

Por outro lado, evidenciando seu apego à dialeticidade, o talentoso penalista paulistano relembra que “o absorvente compromisso do advogado é para com os interesses do acusado, que ele ampara e não pode atraiçoar. Eis um princípio absoluto, mas que se vai diluir nas fronteiras nem sempre facilmente demarcáveis de outra regra que se lhe contrapõe: estimulado embora pelo ideal de defesa, perseguindo a todo custo a vitória, é, todavia, proibido ao advogado contribuir para que o seu cliente desenvolva atividades ilícitas, ou destas se aproveite. Em outras palavras, não se pode colocar a serviço do crime”¹⁶⁸¹. Aliás, na mesma esteira é a posição de Manoel Pedro Pimentel¹⁶⁸², segundo o qual “vedado, terminantemente, é o entendimento prévio entre o advogado e o delinquente, para assegurar-lhe impunidade por delito que delibera cometer. Qualquer contrato de prestação de serviço

1679 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 84-85.

1680 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 86.

1681 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 94-95.

1682 PIMENTEL, Manoel Pedro. *Advocacia Criminal. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 59.

para causas futuras é imoral e até mesmo ilícito. Nenhum advogado deve se prestar a servir como capa para delinquentes. Nem mesmo é aconselhável a reiteração de defesas dos mesmos constituintes, quando criminosos habituais, porque isso constitui um incentivo indireto a que prossigam na trilha malfazeja, imbuídos da convicção de que terão o patrocínio daquele bom advogado, em qualquer circunstância, desde que o paguem”.

Nessa ordem de ideias, Bernardino Gonzaga adverte que “o escritório de um advogado, a pretexto de inviolabilidade, não se pode transformar em valhacouto de bandidos, nem em depósito de coisas ilícitas. Se ele, mesmo inadvertidamente, na paixão do seu trabalho, deslisa do patrocínio da causa judicial para a ajuda de colaterais interesses do acusado, arrisca-se, pelo menos, a infringir os arts. 348 ou 349 do Código Penal, que definem, respectivamente, os crimes de favorecimento pessoal e de favorecimento real. Conquanto certo que o defensor não deve trair seu cliente, entregando-o à Justiça, verdade é também que não lhe pode fornecer asilo, nem prestar-lhe auxílio material para fugir, ante a iminência da captura, menos ainda ajudá-lo a escapar do presídio onde esteja acaso encerrado”¹⁶⁸³. Portanto, o que se percebe é que a questão do sigilo profissional e a justa causa para que ele seja relativizado tem suscitado, há anos, pontos de vista extremados, razão por que se impõe ao intérprete mais prudente buscar arrimo junto ao princípio constitucional da proporcionalidade, a fim de identificar onde se encontra o virtuoso ponto de equilíbrio.

Ao refletir sobre o dever de sigilo, relembremos que a vida em sociedade impõe a observância de certas regras de condutas, inclusive com o recurso a sanções morais (ou jurídicas) àqueles que malferem tais padrões comportamentais, e por simetria de motivos isso deve se verificar em relação aos grupos profissionais, os quais devem ser regulados por normas deontológicas internas que incentivem a prevalência da honestidade e a probidade dos seus integrantes, naturalmente em benefício do prestígio e bom nome de toda a corporação de ofício. Sob essa ótica, Jeremy Bentham propôs tratar a ética como fundamento do dever e das normas. Assim, a deontologia ganhou destaque no campo das profissões na medida em que contribuiu para que fossem elaborados códigos de condutas com fundamentos éticos e morais, hábeis a nortear o cumprimento das atribuições profissionais.

Nesse sentido, é perceptível a relevância da deontologia no segmento médico, farmacêutico, contábil, jurídico, dentre outros, pois é a partir dela que se cristalizam princípios, deveres e regras de condutas profissional que devem ser adotados pelos membros da corporação de ofício em determinado contexto deontológico específico, vale dizer, é a

1683 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 95.

deontologia profissional que estabelece as formas de agir e exercer corretamente determinado ofício profissional, sob o prisma considerado ético e confiável. Não por acaso é frequente que grupos profissionais criem, inclusive por meio de normas infralegais, seus respectivos códigos de ética profissional.

Com efeito, José Renato Nalini¹⁶⁸⁴ salienta que a deontologia está entrelaçada com a ética e a moral, tendo-as como fundamento de seu estudo, uma vez que estes institutos são destaques da ciência filosófica, sendo oportuno pontuar que a origem etimológica de Ética é o vocábulo grego “*ethos*”, a significar “morada”, “lugar onde se habita”, mas também quer dizer “modo de ser”, ou “caráter”. Assevera mais o jurista e magistrado paulista que ética se faz mediante condutas reiteradas de uma dada sociedade, baseada nos costumes sociais e no caráter das pessoas, ou seja, é considerada como algo já inserido nos costumes dos cidadãos, mediante um hábito bondoso, empírico e virtuoso, que é passada de geração para geração, evoluindo com a sociedade.

Por isso, diversamente da moral, a ética possui uma natureza mais ampla, eis que contempla o próprio entendimento de “ciência da práxis”, tal como propunham Platão e Aristóteles. Além disso, a ética ostenta coercitividade, na medida em que sua função é de formalizar e prever os valores, costumes e princípios construídos por uma dada sociedade, como o “ser” e o “dever ser”, de molde a perpetuar os valores axiologicamente adequados ao meio social presente.

Frise-se que o conceito ínsito à moral no vocábulo romano “*mores*” é afeto à palavra “costumes”, que mais propriamente assinala o conjunto de normas voltadas a disciplinar as condutas e o comportamento humano. Daí porque se verifica na moral uma maior densidade pragmática do que na ética, eis que aquela busca fixar normas de comportamento para guiar o homem, estabelecendo as diferenças entre comportamentos certos e errados, morais e imorais. Nessa ordem de ideias é possível afirmar que a deontologia se assemelha à ética, eis que seu propósito é buscar constituir e adequar as normas morais existentes, e talvez por isso mesmo na contemporaneidade muitos percebem a deontologia como a “ética profissional” a ser empregada como ferramenta pelos mais variados ofícios, naturalmente com vistas a delimitar padrões de comportamentos profissionais esperados de todos os que integram determinada corporação.

Se é certo que a deontologia tem a função de regulamentar certos grupos profissionais, sob o prisma ético e moral de suas práticas profissionais, é igualmente correto que tal

1684 NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 19.

finalidade pode e deve ser buscada na seara das profissões jurídicas. Nesse sentido, Luiz Langaro¹⁶⁸⁵ pondera que “podemos, então, dizer que, etimologicamente, o conceito de deontologia é a ‘ciência dos deveres’ ou simplesmente ‘tratado de deveres’. Consequentemente, deontologia jurídica é a disciplina que trata dos deveres e dos direitos dos agentes que lidam com o direito, isto é, dos advogados, dos juízes e dos promotores de justiça, e de seus fundamentos éticos e legais”. Tal reflexão evidencia mais uma vez que a ética se assemelha com a deontologia, eis que o objeto da primeira versa sobre as orientações de condutas morais, ao passo que esta última tem por objeto as regras morais ou jurídicas que visam controlar as ações de membros de um determinado grupo profissional. Destarte, ambas as ciências atribuem à conduta um dever com fundamento na moral, e nesse cenário o profissional regido por padrões éticos delimitados presumivelmente atuará de forma positiva e assertiva, especialmente quando representa internamente em sua psique os efeitos da possível conduta profissional que pretende externar.

Tencionando esclarecer os contornos da deontologia jurídica, José Renato Nalini pondera que a mesma “há de compreender e sistematizar, inspirada em uma ética profissional, o *status* dos distintos profissionais e seus deveres específicos que dimanam das disposições legais e das regulações deontológicas, aplicadas à luz dos critérios e valores previamente decantados pela ética profissional. Por isso, há que distinguir os princípios deontológicos de caráter universal (probidade, desinteresse, decoro) e os que resultam vinculados a cada profissão jurídica em particular: a independência e imparcialidade do juiz, a liberdade no exercício profissional da advocacia, a promoção da justiça e a legalidade cujo desenvolvimento corresponde ao Ministério Público, etc.”¹⁶⁸⁶.

Bem por isso, para que se opere uma atuação profissional deontologicamente correta não será suficiente que o licenciado ou bacharel em ciências jurídicas detenha uma boa orientação moral obtida no ambiente doméstico, ou mesmo obtida a partir de seu contato com dogmas religiosos. Será necessário um estudo aprimorado do comportamento profissional expectável, segundo os padrões de conduta definidos pela corporação de ofício, os quais devem ser erigidos para resguardo do melhor cumprimento de suas obrigações para com clientes ou pacientes. E segundo essa lógica, é preciso compreender que todas as corporações constroem, de forma explícita ou implícita, um padrão deontológico de comportamento profissional, até mesmo um séquito de malfeitores.

1685 LANGARO, Luís Lima. Curso de Deontologia Jurídica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152.

1686 NALINI, José Renato. Ob. cit., p. 135.

5.2 Do segredo profissional

Segundo as lições de Augusto Lopes Cardoso¹⁶⁸⁷, a essência do segredo profissional reside na relação de confiança que se estabelece entre o cliente e o seu advogado, e tal obrigação é oponível a terceiros, nomeadamente à “parte contrária”, com a qual o advogado estabelece entendimentos, tanto pessoalmente, como através do colega que a patrocina ou representa, relações de *fidutia*, cuja preservação é essencial. Aduz mais que o segredo profissional merece ter reservado para si as características de instituto jurídico autônomo, e não mero privilégio do advogado, mas como um eminente dever, cuja natureza não é meramente contratual, eis que o advogado está a serviço da administração da justiça¹⁶⁸⁸, de modo que a vida profissional do advogado deve realçar a honra e as responsabilidades que lhes são inerentes¹⁶⁸⁹, e por derivação, o segredo profissional estaria repousado na necessidade de fundar a confiança no advogado.

Argumenta ainda o jurista lusitano que há de ser respeitada “a intensa relação de confiança entre o advogado e aquele que, acreditando naquele ‘serviço’, naquela ‘honra’ e naquelas ‘responsabilidades’, se ‘confia’ a ele, pondo nas suas mãos a defesa de seus bens ou de sua honra. Segundo expressão popular, o cliente deverá, então, ‘dizer-lhe toda a verdade com tudo o que isso implica de abertura de alma e de capacidade de ser bem entendido e defendido, na conformidade de critérios de justiça e de oportunidade, que, como sabemos, não são isentos de uma boa dose de subjectivismo”¹⁶⁹⁰.

De fato, ainda que o advogado não aceite o patrocínio da causa, ele precisa contar com a mais absoluta sinceridade do pretenso cliente, inclusive para que possa elaborar um diagnóstico realístico sobre as chances de êxito da demanda a ser proposta, ou sobre a defesa a ser ofertada. E nesse momento, cabe ao advogado observar não apenas os deveres de honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade (EOA, art. 88º, nº 2), os quais são compromissos inalienáveis de integridade profissional, mas sem se descuidar dos deveres que ostenta em relação à comunidade, quais sejam: a) não advogar contra o direito, não usar de meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação de lei ou a descoberta da verdade; b) recusar os

1687 CARDOSO, Augusto Lopes. Do segredo profissional na advocacia. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 154.

1688 PORTUGAL. Estatuto da Ordem dos Advogados. Arts. 88º a 90º. Disponível em: <https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/>. Acesso em: 05.04.2023.

1689 PORTUGAL. Estatuto da Ordem dos Advogados. Art. 88º, nº 2: “A honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais”.

1690 CARDOSO, Augusto Lopes. Ob. cit., p. 155.

patrocínios que considere injustos; c) verificar a identidade do cliente e dos representantes do cliente, assim como os poderes de representação conferidos a estes últimos; d) recusar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação; e) recusar-se a receber e movimentar fundos que não correspondam estritamente a uma questão que lhe tenha sido confiada; f) colaborar no acesso ao direito; g) não se servir do mandato para prosseguir objetivos que não sejam profissionais; h) não solicitar clientes, por si ou por interposta pessoa (EOA, art. 90º, nº 2).

Destarte, não basta ao advogado recusar os patrocínios que considere injustos, mas deve especialmente rejeitar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos, pois a nobreza do ofício advocatício não deve permitir que o profissional se deixe instrumentalizar pelo crime ou pelo criminoso, e nesse pormenor é imperioso que o causídico tenha a coragem de perceber que os mais alentados honorários não valem a indignidade de colocar seu ofício deliberadamente a serviço de organizações criminosas. Com efeito, uma coisa é defender um cliente que delinuiu, e outra bem diversa é se converter em cúmplice e se aliar à empreitada criminosa desse pretenso cliente.

Quanto ao ponderável grau de subjetividade na aferição dos critérios de justiça e de oportunidade, naturalmente isso não deve servir como argumento para que a verdade possível seja metamorfoseada em uma “verdade de conveniência”, tampouco para ceder lugar à “cultura das narrativas”, que infelizmente tem desnaturado o trabalho jornalístico em alguns grandes meios de comunicação social. Com efeito, não se deve e nem se pode equiparar um certo grau de subjetividade, próprio da atuação parcial a ser exercida pelo advogado, especialmente no patrocínio dos interesses de uma das partes em litígio, a uma compreensão distorcida da realidade, e que derive de critérios hermenêuticos indefensáveis. Seja em honra de seu próprio nome, seja em defesa da honorabilidade da corporação de ofício que integra, não deve o causídico advogar contra o direito, tampouco usar de meios ou expedientes ilegais, apenas para tentar corroborar a “verdade do cliente”. Afinal, há padrões éticos a serem observados, e sem os quais o exercício profissional se torna indigno.

Aliás, quanto ao ponto é necessário lembrar não apenas o sexto mandamento do decálogo do advogado, concebido pelo jurista Juan Eduardo Couture Etcheverry¹⁶⁹¹, mas sem

1691 ETCHEVERRY, Juan Eduardo Couture. Os 10 mandamentos do advogado. In: Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://advogadodigitalbr.jusbrasil.com.br/noticias/651010287/os-10-mandamentos-do-advogado>. Acesso em: 05.04.2023.

se descurar do quinto mandamento. Adverte o jurista uruguaio que cabe ao advogado tolerar a verdade alheia na mesma medida em que deseja que sua verdade seja tolerada. Todavia, alerta com gravidade sobre os deveres de lealdade, e para tanto pondera: “Sê leal para com o teu cliente, a quem não deves abandonar até que compreendas que é indigno de ti. Leal para com o adversário, ainda que ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes; e que quanto ao direito, alguma outra vez, deve confiar no que tu lhe invocas”.

E precisamente na mesma linha de raciocínio, Augusto Lopes Cardoso argumenta com prudência que o advogado “não se confunde nem pode confundir-se com o cliente, porque não pode ‘vender’ a sua independência e a sua isenção por preço algum, razão por que ele é constantemente chamado a se fazer de ‘advogado do diabo’, o que tem como consequência obrigar aquele que o solicita a ver mais claro, ou o leva a ele mesmo concluir que não deve aceitar a missão que lhe é pedida”¹⁶⁹².

Ainda quanto aos deveres do advogado em relação à comunidade, Lopes Cardoso assevera que o segredo profissional integra o rol de compromissos do art. 90º do EOA, ainda que tal dispositivo não faça a mais remota alusão ao sigilo das informações prestadas pelo cliente, ou candidato a cliente. Na verdade, o segredo profissional é disciplinado de forma detalhada no art. 92º do EOA, dispondo o nº 2 de tal dispositivo que “a obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, direta ou indiretamente, tenham qualquer intervenção no serviço”.

Contudo, é fundamental destacar que o dever de sigilo não é absoluto, tanto assim que o art. 92º, nº 4 do diploma acima aludido dispõe que “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respectivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento”. Aliado a isso, dispõe o art. 99º, nº 4 do EOA, que “se um conflito de interesses surgir entre dois ou mais clientes, bem como se ocorrer risco de violação do segredo profissional ou de diminuição da

1692 CARDOSO, Augusto Lopes. Ob. cit., p. 155.

sua independência, o advogado deve cessar de agir por conta de todos os clientes, no âmbito desse conflito”.

Ora, na medida em que pode existir conflito de interesses entre clientes distintos de um mesmo advogado, ou mesmo entre os interesses do cliente e do advogado, e nesse último caso poderá o causídico revelar fatos abrangidos pelo segredo profissional, isso evidencia que o instituto não tem liame com as obrigações do causídico com a comunidade, mas com indivíduos em particular, pois as demonstrações de isenção profissional ou de confiabilidade não são prestadas diretamente à comunidade, e sim de forma indireta, por meio da corporação de ofício à qual se filia o advogado, e mediante a observância de seus deveres para com a Ordem dos Advogados (EOA, art. 91º).

Aliás, Augusto Cardoso finda por reconhecê-lo ao pontuar que o segredo, mais do que uma obrigação do profissional, é um “dever do conjunto da classe” e que constitui condição da plena dignidade do advogado e da advocacia¹⁶⁹³. Portanto, as boas relações sociais e profissionais travadas com seus clientes não convertem o causídico em pacificador de relações sociais, salvo se ele atuar profissionalmente como conciliador ou mediador, caso em que Mariana Gouveia¹⁶⁹⁴ relembra que “o mediador não deve de todo intervir quanto ao mérito, limitando-se a conduzir as partes no caminho do diálogo e da mútua compreensão, com o fim de que estas reúnam as condições para encontrarem, por si, o acordo”.

E para além disso, Sylvianne Oliveira¹⁶⁹⁵ pondera que “mesmo na condição de representantes, os advogados devem se portar segundo a lógica da mediação, vale dizer, evitando uma postura adversarial e competitiva, mas ao contrário, buscando focar na procura do melhor consenso, consoante os interesses em causa. É certo que nos conflitos pessoais a representação pode impedir a negociação dos interesses porque os advogados que atuam no contencioso têm a tendência de não os conhecer”.

É certo que a isenção, a independência e a confiabilidade do advogado contribuem para a sedimentação de um Estado de Direito de cariz democrático, e ao respeitar legitimamente o segredo profissional o causídico estará atuando de forma respeitável, sem subserviência a regimes eventualmente totalitários ou policialescos. Contudo, isso não importa dizer que inexistam hipóteses legais que justifiquem a relativização do sigilo profissional, tal qual existem situações em que a relativização do sigilo bancário se mostra não apenas justificável,

1693 CARDOSO, Augusto Lopes. Ob. cit., p. 156.

1694 GOUVEIA, Mariana França. Curso de resolução alternativa de litígios. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 51.

1695 OLIVEIRA, Sylvianne Fontenelle Santos de; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas contemporâneos de direito e processo do trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 239.

como igualmente necessária e legítima. Admitir-se um sigilo profissional absoluto não tornaria o advogado mais independente; muito ao contrário, poderia transformá-lo em autêntico refém, ou mesmo cúmplice obrigatório de malfeitores profissionais travestidos de pretensos clientes.

Obviamente não se pode olvidar que o respeito ao segredo profissional representa uma evolução histórica da ciência jurídica, tal qual se observa em relação ao segredo de confissão prestada aos sacerdotes religiosos. Talvez por isso, uma violação de segredo profissional desprovida de justa causa provoque não apenas possível responsabilização cível, criminal e disciplinar (sem alegativas de *bis in idem*), como ainda atrai severa reprovação social. Foi nesse cenário que o sistema português tipificou crime de violação do segredo (CP, arts. 195º a 197º).

Aliado a isso, é oportuno relembrar que no âmbito probatório o processo civil lusitano reputa nulo um testemunho prestado com violação de segredo profissional, e na seara processual penal, os advogados podem recusar depor em juízo sobre fatos sujeitos a segredo profissional (CPP, arts 135º e 182º), inclusive porque “os atos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo” (EOA, art. 92º, nº 5). E finalmente, não se poderia deixar de aludir ao art. 32º, nº 8, da CRP/76, consoante o qual “são nulas todas as provas obtidas ao meio da tortura, de coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Demais disso, ainda que nem todos os segredos profissionais digam respeito à intimidade e à vida privada de clientes que sejam pessoas naturais, muitos deles chegam ao conhecimento do advogado como tais, e também por isso merecem proteção legal, desde que ausente um conflito de interesses que se afigure como causa legítima para a revelação das informações obtidas de forma reservada.

5.2.1 Fundamentos e interesses tutelados

Conforme as lições de Rodrigo Santiago¹⁶⁹⁶, “o segredo profissional tem por base, ou fundamento, um verdadeiro conflito de valores: por um lado, o direito ao respeito pela vida, garantido pelo art. 8º da Convenção Europeia; por outro, o de receber ou comunicar informações, nos termos do art. 10º da mesma Convenção. Porém, como refere Sieghart o

1696 SANTIAGO, Rodrigo. Do crime de violação de segredo profissional no código penal de 1982. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 102-103.

objetivo social subjacente, quer ao art. 10º, quer ao art. 8º, ambos da Convenção, é o mesmo: trata-se de preservar uma sociedade democrática e pluralista, na qual os particulares sejam livres de desenvolver as respectivas potencialidades, de fazer as suas escolhas e de conservar a sua autonomia e a sua liberdade”. Aduz mais o penalista português que “o fundamento da protecção do segredo profissional - quer em sede de direito privado, quer na do direito penal, quer na do direito administrativo - reside nos direitos humanos. O direito à intimidade da vida privada, concretizado no dever de respeito do segredo profissional, em regra prevalece sobre o direito à informação. Mas, na verdade, o campo de eleição desta polaridade é o do pleito judiciário. Aqui é a realização da justiça que, muitas vezes, terá de ceder perante o valor *riservatezza*, do *right to be alone*, da privacidade, da salvaguarda da esfera de segredo dos cidadãos. Esse sacrifício do mencionado valor é meramente consequencial, pois em primeira linha ele é justificado pela necessidade que as pessoas sentem, por fraqueza, doença, o que for, de recorrer a pessoas mais sabedoras, nas quais possa confiar”¹⁶⁹⁷.

Partilhando de entendimento semelhante, Cremilda Ferreira¹⁶⁹⁸ pondera que os partidários da teoria da ordem pública sublinham que o segredo profissional não interessa apenas ao confidente e ao cliente, mas à sociedade inteira, eis que o segredo profissional sai do domínio contratual devido ao interesse que a sociedade tem sobre essa revelação, sem olvidar que tal interesse é duplo, seja porque o meio social deve respeitar e fazer respeitar o exercício de certas profissões necessárias à salubridade do clima pessoal e do bem-estar do indivíduo, seja ainda porque a sociedade nutre um interesse particular em tomar a defesa do indivíduo, transformando uma sanção restrita numa espécie de dever público. Aduz ainda a jurista lusitana que existem dois tipos de situações de prevalência: a) quando a revelação se destina a propiciar a melhor defesa do cliente; b) quando ela sirva de prevenção criminal e exercício da justiça penal. Naquela primeira hipótese, inobstante reputada arriscada pelos doutrinadores portugueses, a revelação será tida como lícita se o advogado obteve a autorização do cliente; mas nesta última situação, tem-se presente um outro bem penalmente tutelado e de valor superior, que autoriza a quebra do sigilo, eis que não faz sentido manter o dever de sigilo quando a revelação dos fatos é necessária para evitar a ocorrência de um crime contra a vida ou contra a integridade física. Aliás, esta também era a posição de Eduardo

1697 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit. p. 103-104.

1698 FERREIRA, Cremilda Maria Ramos. Sigilo profissional na advocacia: responsabilidade decorrente da violação do dever de sigilo. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 60-61.

Correia¹⁶⁹⁹, ao advertir que “a punição da violação do segredo profissional é o correlativo indispensável de todas as profissões que assentam numa relação de confiança”.

É preciso objetar, contudo, que nem sempre a reserva da vida privada deverá ser o valor prevalente. Nesse sentido, Victor de Sá Pereira¹⁷⁰⁰ adverte que “a tutela deste artigo reporta-se a bens ligados à personalidade, rigorosamente no âmbito dos crimes contra as pessoas e ao nível da reserva da intimidade da vida privada. Não se trata, pois, da protecção de segredos técnicos, comerciais ou industriais”. E no plano da doutrina brasileira, Cezar Bitencourt¹⁷⁰¹ também se filia à tese de que o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, sob o aspecto da inviolabilidade do segredo profissional, cuja divulgação pode causar dano a outrem. Adverte, porém, que o art. 154 do CPB incrimina somente a divulgação de segredo relativo ao exercício de atividade privada, eis que o sigilo relacionado à função pública é protegido pelos arts. 325 e 326, ambos do CPB. Com efeito, esta também é a linha de entendimento adotada por Nélson Hungria, senão vejamos:

“Suponha-se que o médico e o advogado, por exemplo, não estivessem no exercício de sua atividade profissional, adstritos a silêncio em torno de fatos que lhes são necessariamente confiados, ou que vêm a conhecer por dedução, mas cuja publicidade acarretaria sacrifício à reputação, à razoável vaidade (que é um dos mais imperiosos e despóticos sentimentos humanos), ao crédito, ao interesse moral ou econômico, enfim, de seus clientes: não há dúvida que grande número de pessoas preferiria deixar-se roer de certas moléstias vergonhosas ou imolar-se à mais temerárias das lides, a recorrer à ciência de um facultativo ou ao patrocínio de um causídico. É com todo acerto que nosso estatuto penal classifica a violação do sigilo profissional entre os crimes que ofendem a liberdade individual. Na preservação de sua pessoa física ou personalidade moral, todo indivíduo deve ter plenamente garantido o livre exercício de sua vontade, e tal garantia seria frustrada se, tendo forçosamente de recorrer aos conhecimentos técnicos ou à ajuda profissional de outrem, o salteasse o receio de que seus segredos, confiados ou surpreendidos, fossem traídos”¹⁷⁰².

Assevera ainda o eminente jurista brasileiro que há três teorias nas quais encontra arrimo o segredo profissional: a) a teoria do interesse, b) a teoria da confiança, c) a teoria da vontade¹⁷⁰³. A primeira delas, defendida por Von Liszt, sedimenta a ideia de que há um interesse geral na preservação dos nossos segredos próprios ou de nossa família, entretanto, se impõe reconhecer que se trata de uma construção teórica insuficiente na medida em que

1699 CORREIA, Eduardo. Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal: parte especial. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça n. 287, 1979. p. 16.

1700 PEREIRA, Víctor de Sá. Código Penal Anotado. Lisboa: Livros Horizonte, 1988. p. 234.

1701 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 2. Ob. cit., p. 491.

1702 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 255.

1703 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 256.

abstrai o elemento volitivo apenas da custódia do segredo confiado. Já segundo a teoria da confiança é a fidúcia imposta ao indivíduo pela força das circunstâncias (tal como no caso do depósito necessário), e que vem a ser traída pela quebra do segredo, todavia, é necessário reconhecer que nem sempre há uma relação de confiança no conhecimento do segredo, o qual pode ser percebido à revelia do interessado. Finalmente, quanto à teoria da vontade, invocada por Binding, a ameaça penal resguarda de modo imediato não o interesse na manutenção do segredo, mas a vontade determinante da custódia do segredo, o qual se converte em noção puramente subjetiva, e deixa de estar atrelado ao puro arbítrio individual.

Em todo caso, Hungria sintetiza seu pensamento assinalando que “o critério justo é o que resulta da aglutinação das teorias ‘da vontade’ e ‘do interesse’; o que a lei reconhece e assegura é o poder vinculativo da vontade, expressa ou tácita, de que seja mantido oculto tudo quanto, se propalado, nos causaria desdouro, dissabores, qualquer prejuízo material ou moral”, mas adverte que a lei penal não pode tutelar a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária. E para além disso, proclama que “a vontade de preservação do sigilo, correspondente a interesse individual, não é penalmente protegida por si mesma, senão porque coincide com o interesse geral. O direito penal resguarda o interesse individual *ex accidente*, ou seja, somente quando calha com o interesse social. Este é sempre o fim último do mandamento penal”¹⁷⁰⁴.

Conclusivamente, o que se observa é que: a) mesmo operando efeitos em prol da intimidade do indivíduo, a vontade exclusiva deste quanto à preservação de sua intimidade não se mostra suficiente para vincular ou gerar o direito de discrição do profissional, especialmente o profissional autônomo; b) a lei penal não pode tutelar frivolidades ou vontades caprichosas do titular do segredo; c) por vezes o acesso do profissional ao segredo de terceiros se verifica à revelia do titular; d) por vezes profissionais autônomos, como médicos e advogados, têm o dever legal de revelar informações que somente lhes chegaram ao conhecimento por força de uma relação profissional, mas que se forem mantidas em sigilo produzirão nefastos efeitos em desfavor da sociedade como um todo; e) na medida em que nem mesmo o direito à vida pode ser admitido como absoluto, é curial que o segredo profissional também encontra limites, especialmente quando algum diploma constitucional dispõe que o advogado é considerado indispensável à administração da justiça (CF/88, art. 133), pois tal indispensabilidade está umbilicalmente vinculada ao desempenho ético do ofício profissional, e jamais pode ser aceita como mera expressão retórica.

1704 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 256-257.

5.2.2 O segredo profissional e sua proteção penal

Consoante assinalado linhas atrás, o ordenamento jurídico português tipificou criminalmente a violação de segredo profissional, mas o fez em dispositivos dispersos e variados. Com efeito, dispõe o art. 195º do CP luso que “quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Nesse tocante, a jurisprudência portuguesa já reconheceu o sigilo bancário como espécie de segredo profissional, cuja violação atrai a incidência do dispositivo ora invocado¹⁷⁰⁵. Demais disso, não apenas o ato de indiscrição profissional tem cariz penal, mas igualmente a conduta daquele que faz uso indevido do segredo. Nesse sentido, dispõe o art. 196º do CP português que “quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Entretanto, como se não bastassem as incriminações acima aludidas, o art. 383º do mesmo diploma ainda tipificou o crime de violação de segredo por funcionário, assim dispondo: “1 - O funcionário que, sem estar devidamente autorizado, revelar segredo de que tenha tomado conhecimento ou que lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções, ou cujo conhecimento lhe tenha sido facilitado pelo cargo que exerce, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, benefício, ou com a consciência de causar prejuízo ao interesse público ou a terceiros, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 - Se o funcionário praticar o facto previsto no número anterior criando perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado é punido com pena de prisão de um a cinco anos. 3 - O procedimento criminal depende de participação da entidade que superintender no respectivo serviço ou de queixa do ofendido”. E em arremate, o art. 384º do CP incriminou de forma específica a indiscrição funcional de servidores dos correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações, os quais podem suportar pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias.

1705 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 14 de dezembro de 2017. Proc. nº 10355/17.2T9PRT-A.P1. Rel. Des. Ernesto Nascimento. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/28af626b8ce6e9e780258210003f651c?OpenDocument>. Acesso em: 06.04.2023.

Especificamente quanto ao regime de prevenção ao branqueamento de capitais, ainda na vigência da Lei nº 11/2004, de 27 de março, tal diploma estatuiu um dever de segredo em seu art. 10º, dispondo que as entidades sujeitas aos deveres enumerados nos artigos 7º a 9º¹⁷⁰⁶, bem como os membros dos respectivos órgãos, os que nelas exercessem funções de direção, gerência ou chefia, os seus empregados, os mandatários e outras pessoas que lhes prestassem serviço a título permanente, temporário ou ocasional não poderiam revelar ao cliente ou a terceiros o fato de terem transmitido qualquer informação, nos termos dos artigos anteriores, ou que se encontrava em curso uma investigação criminal, tudo sob pena de serem punidos com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Portanto, na medida em que o dispositivo legal vinculava terceiros não abrangidos pela previsão do art. 10º, deixava implícito um dever de segredo direcionado a um universo bem mais amplo de indivíduos, todavia, nem toda violação de segredo configurava conduta penalmente típica, pois as indiscrições assinaladas nos arts. 44º a 46º daquele diploma constituíam apenas contra-ordenações.

É certo que a Lei nº 11/2004 veio a ser revogada pela Lei nº 25/2008, de 05 de junho, e esta, a seu turno, foi sucedida pela Lei nº 83/2017, de 18 de agosto, ambas já referidas no primeiro capítulo deste trabalho, notadamente quanto aos deveres de prevenção ao branqueamento. Precisamente por isso, cumpre revigorar apenas que no atual regime lusitano antibranqueamento o dever de não divulgação imposto às entidades obrigadas (financeiras ou não-financeiras) sobre operações suspeitas que tenham detectado, se encontra meticulosamente disciplinado no respectivo art. 54º. E para além disso, o art. 56º do mesmo diploma assinalou objetivamente os limites da derrogação do dever de segredo e proteção na prestação de informações obtidas do cliente no âmbito de uma relação profissional. Isto naturalmente reforça a convicção de que o segredo profissional não é (e nem poderia ser) absoluto. Aliás, sustentar posição contrária seria algo absolutamente temerário, pois nem mesmo o direito à vida é absoluto, e se o fosse os regimes jurídicos dos mais variados Estados não contemplariam o instituto da legítima defesa.

No âmbito do ordenamento brasileiro, o que se tem observado é que os delitos de violação de domicílio, violação de correspondência, abuso de correspondência comercial, divulgação de segredo e violação do segredo profissional (CPB, arts. 150 a 154) ostentam uma característica aparentemente comum, pois todos refletem uma possível proteção do

1706 Tais dispositivos se referiam aos deveres de comunicação, abstenção e colaboração impostos às entidades (financeiras ou não financeiras) sujeitas ao regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita.

direito à intimidade, que segundo a concepção de Ariel Dotti compreende a “esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁷⁰⁷. Naturalmente ficam desde já revigoradas as ressalvas postas pela dogmática quanto à natureza do bem jurídico a ser protegido por tais delitos, notadamente pelo crime de violação de segredo profissional. Em todo caso, grandes expoentes da doutrina brasileira já sustentaram que a proteção à intimidade efetivamente figura como bem jurídico tutelado por normas penais como tais. Nesse sentido, Nélson Hungria¹⁷⁰⁸ assinalou que “a proteção penal, porém, não é concedida *in extensum*, abrange somente os segredos constantes de correspondência ou documentos privados e as confidências necessárias. No tocante às confidências orais e sem cunho de necessidade, ficam por conta e risco de quem as faz sem precatar-se contra intrusos e ‘sacos-rotos’. Por outro lado, são protegidos unicamente os segredos cuja violação acarrete ou possa acarretar dano a outrem (a quem os confiou ou a terceiros). Dos segredos anódinos *non curat praetor*”.

A exemplo do que se observa no ordenamento português, a lei penal brasileira tipificou tanto o crime de divulgação de segredo (CPB, art. 153)¹⁷⁰⁹, quanto o crime de violação de segredo profissional (CPB, art. 154)¹⁷¹⁰. Pondere-se que o primeiro tipo penal incrimina duas condutas distintas: a) a divulgação indevida de segredo contido em documento particular sigiloso ou em correspondência confidencial (*caput*); b) a divulgação indevida de informações sigilosas ou reservadas, definidas em lei (§ 1º-A). De fato, o aludido parágrafo não assinala uma forma qualificada do tipo, mas sim uma nova infração penal, composta por elementares próprias.

Entretanto, o comportamento nuclear de ambas as normas consiste em “divulgar”, vale dizer, em cientificar terceiros acerca do conteúdo de documento ou correspondência entregue a alguém sob o manto do segredo. Adverte Nélson Hungria que, para configuração desse delito “é necessário que haja uma difusão extensiva (publicação pela imprensa, radiodifusão, afixação em lugar público) ou, pelo menos, exposição que torne possível o conhecimento por

1707 DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidade e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 69.

1708 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 248.

1709 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. § 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas de lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.04.2023.

1710 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

um número indeterminado de pessoas”¹⁷¹¹. E para além disso, é fundamental a existência do segredo, vale dizer, aquilo que não deve ser revelado ou que se tem motivo ou interesse para ocultar, e que pode resultar de manifestação expressa ou tácita da vontade do interessado, ou de *facta concludentia*, entretanto, não deve ser algo puramente arbitrário, de modo que não é suficiente que o remetente de uma carta declare ser confidencial o conteúdo da mesma, sendo necessário que a reserva em torno daquele conteúdo ostente uma motivação razoável ou algum interesse moral ou econômico de terceiro. Nesse sentido, é oportuno frisar que alguns documentos são essencialmente secretos, tais como o testamento cerrado (CCB, arts. 1.868 a 1.875)¹⁷¹².

É importante observar que os tipos penais do art. 153 do CPB são crimes próprios, eis que só podem ser cometidos por quem ostente uma qualidade especial de confidente, assim percebido aquele que é destinatário ou detentor da correspondência ou do documento, e no caso deste último (detentor), tem-se ainda que a posse do documento poderá ser lícita ou ilícita. Sento ilícita o sujeito terá cometido uma das modalidades do delito de violação de correspondência (CPB, art. 151, §1º, I), mas este será consumido pelo delito-fim, caso se verifique a violação de segredo. Entretanto, há outra circunstância elementar de fundamental relevo, pois os delitos tipificados no art. 153 do CPB somente restarão configurados com a incidência do elemento normativo “sem justa causa”.

Daí se infere que a justa causa para divulgação estará presente quando houver o consentimento da pessoa a quem o sigilo aproveitaria, quando se tratar da comunicação às autoridades de crime de ação pública (CPP, art. 5º, § 3º), da defesa de direito ou interesse legítimo, tal como demonstrar a própria inocência em processo criminal, ou no dever de testemunhar em juízo e na comprovação de crime ou sua autoria (CPP, art. 240, §1º, “f”). Portanto, as condutas que correspondem ao tipo objetivo do crime de que trata o art. 153 do CPB são: a) divulgação de documento particular, de correspondência confidencial, ou mesmo de informações sigilosas ou reservadas definidas em lei; b) divulgação do conteúdo pelo destinatário ou detentor do objeto, ou pelo responsável legal pela manutenção do segredo; c) ausência de justa causa; d) potencialidade de dano a alguém. E quanto ao tipo subjetivo, somente se perfaz na modalidade dolosa, vale dizer, quando o sujeito ativo tiver a consciência do sigilo existente, mas, ainda assim, atuar de maneira voluntária. Por isso mesmo, o eventual desconhecimento de que a informação se acha protegida por segredo exclui o dolo, por força do erro de tipo (CPB, art. 20, *caput*).

1711 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 251.

1712 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 251.

Passando ao exame do delito de violação de segredo profissional (CPB, art. 154), André Estefam¹⁷¹³ sustenta que o bem jurídico tutelado é a proteção da liberdade individual, notadamente no que concerne aos segredos da vida privada, isto por força do disposto no art. 5º, inciso X da CF/88, mas admite que a proteção de segredos de natureza pública se baseia nos arts. 325 e 337-J do Código Penal (violação de sigilo funcional e violação de sigilo em licitação). O tipo objetivo desse crime consiste na conduta de revelar a alguém um segredo, o que se distingue do ato de divulgar, o qual consiste em difundir o segredo para torná-lo conhecido a várias pessoas, ao passo que a revelação se opera quando a informação protegida por dever de segredo é transmitida a outra pessoa.

Assim, o ato de revelar se perfaz quando se confere conhecimento de informação sigilosa a terceiro, bastando que um único terceiro tome conhecimento do sigilo, entretanto, somente será reputada sigilosa a informação que não deve ser revelada a terceiros porque ostenta potencial para causar algum tipo de prejuízo (a confissão sobre o cometimento de um crime, por exemplo). Nesse cenário, e considerando que a lei penal não tutela frivolidades, caso o detentor da informação revele algum detalhe irrelevante da vida íntima do ofendido, ainda que disso tenha tomado conhecimento por força de sua função, ministério, ofício ou profissão, inexistirá crime, mas apenas uma conduta moralmente reprovável.

Entende-se por função a atividade de caráter público, a qual apresenta vínculo com o Estado, *lato sensu*, tal como o escrevente do juízo, que não pode revelar informação privada conhecida no curso de audiência de separação judicial em que oficiou. E quanto aos detentores de função pública, é preciso aferir se estão sujeitos aos deveres de sigilo funcional, caso em que sua eventual indiscrição atrairá a incidência do art. 325 do CPB. Nesse cenário, Nélson Hungria assinala que “deve tratar-se de segredo de interesse público, pois a violação de segredo privado, ainda que obtido *ratione officii*, constitui o crime previsto no art. 154”¹⁷¹⁴. Ministério, por seu turno, representa uma atividade de natureza eclesiástica ou assistencial, tal como aquela desenvolvida pelo sacerdote, a quem é vedado revelar aquilo que soube por meio da confissão do fiel. Já o ofício, diz respeito às atividades precipuamente manuais, tais como as que são próprias da empregada doméstica, que deve guardar discrição sobre informações da vida particular de seus empregadores e que lhe chegaram ao conhecimento em razão de seu ofício. Finalmente, a profissão consiste na atividade de cunho

1713 ESTEFAM, André. Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 234-C). v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 637-638.

1714 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 263.

majoritariamente intelectual, tal como aquela desempenhada pelos profissionais liberais, como médicos, psicólogos, contadores ou advogados.

A exemplo do que se verifica no art. 153 do CPB, o crime de violação de segredo profissional somente se perfaz se presente o elemento normativo do tipo, vale dizer, se o ato de revelar o segredo se operar “sem justa causa”, pois estando presente tal circunstância, a conduta será penalmente atípica, tal como: a) comunicação às autoridades de algum crime de ação pública (CPP, art. 5º, §3º); b) defesa de direito ou interesse legítimo (provar a inocência de alguém em processo criminal, por exemplo); c) testemunho prestado em juízo, com a concordância do titular da informação sigilosa e desde que o agente queira depor (CPP, art. 207); d) comprovação de crime ou sua autoria (CPP, art. 240, § 1º, “f”).

Mutatis mutandi, existirá justa causa quando o profissional atende a uma requisição judicial (v. g., na entrega de um prontuário médico para subsidiar as conclusões do perito num exame de corpo de delito). Aliás, a jurisprudência brasileira já tem entendido que mesmo uma requisição da polícia judiciária configura justa causa suficiente para afastar o dever de sigilo profissional, inclusive porque o sigilo médico-profissional não é um direito absoluto, circunstância reconhecida, inclusive, no próprio Código de Ética Médica (Resolução 1.931/2009)¹⁷¹⁵.

Frise-se que idêntico raciocínio já foi aplicado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ao proclamar que “o Estatuto da OAB permite a qualquer interessado valer-se das medidas que se mostram necessárias para legitimar a representação contra profissional do Direito acusado de infração disciplinar. Não se pode enxergar, portanto, em tal representação, sequer em tese, o delito do art. 154 do CP/40, ainda que tenha sido formulada por advogados pertencentes ao contencioso jurídico de estabelecimento bancário contra o qual a infração disciplinar teria sido cometida por bacharel em Direito a ele pertencente” (TACRIM-SP. HC. Relator Roberto de Almeida. RT 598/325)¹⁷¹⁶. Na mesma trilha, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “o segredo profissional do advogado está subordinado a restrições. O conceito de sigilo não é absoluto, mas envolve a consideração de cada caso de *per se*. Se o causídico foi chamado a depor como sócio, e não como advogado da sociedade, é patente

1715 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RSE: 70072193642 RS, Relator: Mauro Evelyn Vieira de Borba, Data de Julgamento: 23/02/2017, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/03/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/911481017>. Acesso em: 06.04.2023. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APR: 00379817420138190205 RJ 0037981-74.2013.8.19.0205, Relator: ALESSANDRA DE ARAUJO BILAC MOREIRA PINTO, Primeira Turma Recursal Criminal. Data de Publicação: 30/07/2015 00:00. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/217590053>. Acesso em: 06.04.2023.

1716 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. t. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 1857-1858.

também a falta de legitimação da OAB para ingressar na relação processual” (TJSP – MS – Rel. Jorge Almeida - RT 653/115)¹⁷¹⁷.

Conclusivamente, a justa causa estará presente sempre que o desvelo da informação secreta tiver amparo em alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, tal como ocorre quando o médico revela o diagnóstico de seu paciente a terceiro que com ele mantém relações íntimas, para evitar que tal pessoa seja contaminada por doença gravosa que tenha sido contraída por seu cliente. Em tal hipótese, o médico terá atuado em estado de necessidade de terceiro (CPB, arts. 23, I, e 24). De igual forma, restará caracterizada excludente de ilicitude quando o médico comunica às autoridades de saúde pública doença de notificação compulsória, pois não apenas terá agido no estrito cumprimento de um dever legal (CPB, art. 23, III), como sua eventual omissão configuraria o crime de que trata o art. 269 do CPB. Além disso, existirá justa causa quando se verificar o consentimento do ofendido, assim entendido o indivíduo a quem o sigilo interessa, mas havendo mais de um titular do segredo, todos deverão consentir, sob pena de que se cristalice o crime previsto no art. 154 do CPB, em desfavor daqueles que não externaram concordância.

Finalmente, a exemplo do que se observa no crime de que trata o art. 153 do CPB, também na revelação de segredo profissional é imperativo que a revelação do segredo detenha potencialidade lesiva, vale dizer, possa causar danos ao titular do segredo. Frise-se, contudo, que tais danos não precisam ser efetivos, mas apenas potenciais, podendo a infração ser praticada por qualquer meio, oral ou escrito. Destarte, o tipo penal de violação de segredo é composto pelos elementos objetivos seguintes: a) segredo confiado em virtude de ofício, profissão, ministério ou função; b) revelação do segredo; c) ausência de justa causa; d) potencialidade de dano a alguém. E quanto ao elemento subjetivo, somente se admite a modalidade dolosa, salientando-se que a eventual revelação de segredo profissional por descuido pode até ensejar responsabilização civil, mas não ensejará a responsabilização criminal. Além disso, o desconhecimento de que a informação se encontra protegida por sigilo caracteriza erro de tipo e afasta o dolo.

Ainda sobre o elemento normativo do tipo penal da violação do segredo profissional, Cezar Bitencourt¹⁷¹⁸ pondera que “o simples dever moral é insuficiente, em tese, para constituir ‘justa causa’ capaz de autorizar a revelação do segredo. As ‘justas causas’ por

1717 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Ob. cit., p. 1858.

1718 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 494.

excelência decorrem de lei”. Partilhando do mesmo entendimento, Damásio de Jesus¹⁷¹⁹ pondera que “a revelação do segredo profissional só é típica quando realizada ‘sem justa causa’, que constitui o elemento normativo do tipo. Assim, não há tipicidade do fato por ausência do elemento normativo nas hipóteses de consentimento do ofendido, do art. 269 do CP, estado de necessidade e exercício regular do direito”.

Magalhães Noronha¹⁷²⁰ partilha da mesma percepção ao aludir que “em regra, a justa causa funda-se na existência de estado de necessidade: é a colisão de dois interesses, devendo um ser sacrificado em benefício do outro; no caso, a inviolabilidade dos segredos deve ceder a outro bem-interesse. Há, pois, objetividades jurídicas que a ele preferem, donde não ser absoluto o dever do silêncio ou sigilo profissional”. Contudo, o jurista bandeirante segue adiante, ao refletir que “o problema da justa causa torna-se mais complexo, quando a revelação do profissional pode acarretar processo e pena para o confitente. Manzini não tergiversa em dizer que o advogado que revela a confissão que lhe faz o cliente, de ter sido autor de crime de que outrem é acusado, não incorre na sanção penal, pois um inocente não pode ser sacrificado à impunidade de um criminoso. (...) Como punir-se, v. g. , o advogado que avisa à polícia que o cliente que acaba de sair de seu escritório vai matar a mulher? Acaso a inviolabilidade dos segredos, a segurança que todos devem ter acerca de fatos de natureza íntima deve prevalecer sobre a vida do indivíduo?”¹⁷²¹.

Todavia, representando o ponto de vista francamente minoritário, Paulo José da Costa Júnior¹⁷²² argumenta que “há uma tendência a ampliar o conceito de justa causa, com base no interesse social ou moral, que justificariam a quebra do silêncio no sigilo profissional. Mas esse alargamento da exclusão do ilícito não poderá sobrepor-se ao interesse privado e principalmente àquele de ordem pública, concernente à inviolabilidade dos segredos e à necessidade de depositar confiança nos profissionais que exercitam verdadeiro sacerdócio”. *Data maxima venia*, o argumento não se sustenta, especialmente quando confrontado com as lúcidas reflexões de Luiz Régis Prado, ao abordar um dos motivos frequentemente invocado pelos advogados para excetuar o dever de sigilo profissional, qual seja a colisão entre seus interesses pessoais e os interesses do respectivo cliente, especialmente em caso de inadimplência quanto ao pagamento da verba honorária. Leciona Régis Prado que “indaga-se,

1719 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte especial*. v. 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 301.

1720 NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 197.

1721 NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 2. Ob. cit., p. 198-199.

1722 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 76.

nesse contexto, se o confidente necessário (v. g., médico, advogado) encontra-se albergado pela justa causa se, em uma ação de cobrança de honorários, revela segredo de que tem ciência em razão dos serviços prestados. Sustenta-se, por um lado, a existência do crime de violação de sigilo profissional, pois a finalidade de obtenção de pagamento dos honorários devidos não é suficiente, por si só, para legitimar a conduta do confidente.

Argumenta-se, a esse respeito, que o profissional não assumiu o dever de sigilo por efeito de um contrato, mas, *ex lege*, de modo que não se pode dele se exonerar alegando o inadimplemento contratual. De outra parte, defende-se que a revelação do segredo profissional encontra-se amparada pela justa causa, sendo atípica, e também permitida, a conduta do profissional. Registre-se, porém, que a revelação feita nos autos da ação de cobrança deve revestir-se dos requisitos da necessidade e da moderação. Se a revelação for necessária à discussão da causa e se circunscrever aos dados imprescindíveis, sem adentrar em pormenores inúteis, é preciso, ainda, avaliar cuidadosamente os interesses em conflito (prejuízo financeiro/ofensa ao dever de sigilo profissional), que, se proporcionais, autorizam a revelação”¹⁷²³.

Conclusivamente, o que se percebe na corrente minoritária é a defesa da prevalência de interesses privados frente ao interesse público, e para robustecer o sofisma invocam-se os argumentos da confiabilidade social do advogado, como se o mesmo fosse uma espécie de confidente necessário universal. Contudo, se houver colisão entre os interesses privados do cliente e do advogado, os mesmos partidários dessa corrente minoritária defendem a prevalência dos interesses pecuniários deste último, normalmente fiados na ideia de que “*pecunia non olet*”. Em verdade, o dinheiro de origem espúria pode até não ter cheiro (à primeira vista), mas sua percepção cobiçosa e inconsequente, ainda que dissimulada por um estado anímico de cegueira deliberada, opera efeitos nefastos em desfavor da mesma sociedade que aspira confiança de que interesses coletivos legítimos não sucumbirão a interesses privados subalternos.

5.2.3 Crime de violação do segredo profissional

Tencionando oferecer uma visão de conjunto, João Bernardino Gonzaga¹⁷²⁴ adverte que a lei penal brasileira dispõe de variados dispositivos que elegem como objeto de proteção o

1723 PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. v. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 398.

1724 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 15-16.

sigilo a respeito de determinados fatos, razão por que são tutelados segredos que integram o núcleo de múltiplas figuras delituosas, e estas podem ser sistematizadas em três grupos de crimes, conforme a conduta vedada: a) revelação de um segredo; b) conhecimento de um segredo; c) disponibilização do segredo ao alcance de outrem.

Para densificar as categorias propostas, o jurista bandeirante aponta que, na primeira categoria, estão os delitos em que o agente dispõe de informação sigilosa de alguém, mas a revela indevidamente a terceiro (v. g., crimes de violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica, violação de correspondência comercial, divulgação de segredo, violação de segredo profissional, concorrência desleal, violação de sigilo funcional, violação do sigilo de proposta de concorrência).

Aponta ainda variados dispositivos da legislação penal complementar, alguns dos quais integrantes de diplomas legais já revogados ou reputados inconstitucionais pelo STF (Lei nº 5.250/67, art. 15; Lei nº 4.595/64, art. 38; Lei nº 1.079/50, art. 59). Já na segunda categoria insere as condutas por meio das quais o indivíduo penetra, ou tenta penetrar no conteúdo de informações que lhe são vedadas, tais como no crime de violação de correspondência (CPB, art. 151, *caput*), no crime de violação de domicílio (CPB, art. 150, *caput*), além de outros delitos positivados em legislação complementar, tais como os arts. 312 e 317 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), ou os arts. 143 e 148 do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69).

Finalmente, pontua que a última forma de vulneração de segredos se opera quando o agente possibilita a alguém o conhecimento de assuntos sigilosos do titular do segredo, tal como se dá na violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (CPB, art. 151, §1º, III), ou na concorrência desleal (Lei nº 9.279/96, arts. 195 e 209), ou ainda no crime de violação de sigilo funcional (CPB, art. 325) e violação do sigilo de proposta de concorrência (CPB, art. 326).

Sucedem que, em sentido diametralmente oposto, e corroborando as reflexões de Nélson Hungria, segundo as quais a vontade de preservação do sigilo somente deve ser penalmente protegida quando coincide com o interesse geral, Bernardino Gonzaga¹⁷²⁵ adverte haver situações em que o sujeito ostenta a obrigação penal de prestar esclarecimentos que, eventualmente, representam segredos, seus ou alheios, tal como se observa nos delitos de: a) omissão de notificação de doença (CPB, art. 269), b) condescendência criminosa (CPB, art. 320), c) falso testemunho ou falsa perícia (CPB, art. 342), d) omissão de informações para

1725 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 17.

fins de sonegação fiscal (Lei nº 4.729/65, art. 1º, I), e) contravenção penal de omissão de comunicação de crime (LCP, art. 66).

Nessa linha de raciocínio, não se pode deixar de lembrar que no Brasil a omissão de informações que favoreçam o branqueamento de capitais (identificação de clientes, manutenção de registros, comunicação de operações suspeitas) se impõe não apenas às instituições financeiras, mas igualmente a diversas entidades não-financeiras sensíveis (tal como advogados e contadores), mas o incumprimento de tais obrigações enseja apenas responsabilidade administrativa, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.613/98, embora alguns Estados já tenham positivado, em seus ordenamentos, crimes de omissão de determinadas informações que são reputadas como não cobertas pelo sigilo profissional.

É necessário perceber que a questão de tipicidade penal a título de violação de segredo profissional exige um exame caso a caso, pois há situações de mera indiscrição sobre frivolidades, como há casos de efetiva violação do dever de segredo de informações privadas que só foram obtidas por força da relação profissional, mas há igualmente hipóteses em que a informação, ainda que obtida reservadamente e em decorrência de função, ministério, ofício ou profissão, precisa ser compartilhada com determinadas autoridades, sob pena de que a conduta omissiva do profissional caracterize crime autônomo. Portanto, é correto admitir que, na seara penal, inexiste a tipificação genérica de quaisquer atitudes de indiscrição, ainda que se reconheça que a tutela dispensada aos segredos importa em marcante limitação à liberdade individual de informação¹⁷²⁶. Demais disso, não se pode olvidar o conteúdo fragmentário da lei penal, a qual abarca tão somente as condutas descritas no tipo, sem qualquer possibilidade de extensão analógica.

Em aparente discordância com a posição de Nélson Hungria, que defende a ocorrência de três correntes teóricas (interesse, confiança e vontade), sustenta Bernardino Gonzaga¹⁷²⁷ que há duas teorias que se voltam a delimitar o conceito do segredo profissional: a) teoria objetiva, b) teoria subjetiva. A primeira tem por foco o interesse, e reputa secreto todo informe cuja revelação a terceiros possa acarretar um dano para o seu titular. A segunda, por seu turno, confere prevalência ao titular da informação, e por isso admite que cabe ao interessado a prerrogativa de conferir a determinado fato a condição de sigiloso. Entretanto, admite o jurista bandeirante que nenhuma dessas duas construções teóricas se mostra suficiente para justificar o sigilo profissional, razão por que sugere a junção de ambas, e para tanto invoca as lições de Francesco Carrara, segundo o qual o núcleo do segredo surge a partir da “vontade razoável”

1726 LOIODICE, Aldo. *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*. Napoli: E. Jovene, 1969. p. 273.

1727 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 18.

do interessado, pois depende deste almejar que algo se mantenha escondido, mas tal aspiração deve ser admitida como válida, desde que fundada em interesse merecedor de amparo.

Frise-se que o interessado tanto pode ser uma pessoa, natural ou coletiva, como também o próprio Estado, mas em ambos os casos há de existir a vontade como condição inaugural e *sine qua non* para que exista o segredo. Com efeito, ausente tal vontade tem-se por certo que a notícia é de livre propagação. Por outro lado, a vontade do titular da informação poderá ser expressa ou tácita, e caso se evidencie nesta segunda modalidade poderá ensejar certa dificuldade ao intérprete, especialmente quanto à inferência de dolo por parte daquele que veio a revelar a informação.

a) No ordenamento jurídico português

No plano do ordenamento jurídico português, Rodrigo Santiago¹⁷²⁸ salienta que a primeira versão do projeto da parte especial do código penal vigente à época remonta a 1963, o qual incriminava a violação do segredo profissional, dispondo em seu art. 194º que aquele que, sem consentimento de quem de direito, revelasse ou se aproveitasse de um segredo de que tivesse conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, se essa revelação ou aproveitamento pudesse causar prejuízo a outrem, seria punido com prisão até um ano e multa até cinquenta dias.

Contudo, o dispositivo imediatamente seguinte estatuiu causa excludente de punibilidade, ao dispor que a eventual indiscrição não seria punível se fosse realizada no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou visasse um interesse público ou privado legítimo quando, considerados os interesses em conflito e os deveres de informação que, segundo as circunstâncias, se impunham ao agente, se pudesse considerar meio adequado para alcançar aquele fim.

Prossegue o jurista lusitano aduzindo que o IV Governo Constitucional apresentou à Assembleia da República uma Proposta de Lei, em 11 de Julho de 1979, relativa à parte especial do Código Penal, cujo art. 190º assim dispunha: “Quem, sem justa causa e sem consentimento de quem de direito, revelar ou se aproveitar de um segredo de que tenha conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, se essa revelação ou aproveitamento puder causar prejuízo a outrem, será punido com prisão até um ano e multa até cento e vinte dias”.

1728 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 33.

Todavia, o art. 191º da aludida Proposta de Lei estabelecia hipótese de exclusão de punibilidade caso o fato fosse revelado no cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou visasse um interesse público ou privado legítimo, quando, considerados os interesses em conflito e os deveres de informação que, segundo as circunstâncias, se impunham ao agente, se pudesse considerar meio adequado para realizar aquele fim¹⁷²⁹.

E após as necessárias discussões parlamentares próprias, o crime de violação de segredo profissional restou tipificado no art. 184º do CP luso de 1982, sendo oportuno destacar que o dispositivo assinalou não apenas a “justa causa” como elemento negativo do tipo (elemento normativo do tipo, na expressão preferida pela doutrina mais atual), como igualmente ao “consentimento de quem de direito”. Cumpre ainda observar que tal cumulação não se fez presente em outros delitos que integravam os crimes contra a reserva da vida privada.

Alguns anos depois, uma comissão de juristas presidida por Figueiredo Dias ofertou ao XI Governo Constitucional um estudo intitulado “Revisão do Código Penal”, o qual propugnava por ajustes, tanto na parte especial, quanto na parte geral do CP de 1982. Nele se propunha significativa alteração no tipo penal da violação do sigilo profissional, mas em paralelo sugeria a supressão da causa de exclusão de punibilidade outrora inserida no art. 185º daquele diploma penal. Nesse pormenor, Rodrigo Santiago¹⁷³⁰ sustenta que tais alterações preconizadas tinham amparo no direito alemão. Destarte, uma vez convertido o estudo em projeto, e tendo sido este aprovado pela Assembleia da República, os segredos privados passaram a ser tutelados por dois dispositivos distintos, de modo que o CP português atualmente em vigor tipifica os crimes de violação de segredo (art. 195º)¹⁷³¹ e aproveitamento indevido de segredo (art. 196º)¹⁷³², mas, para além disso, estabelece causas de agravação de penas (art. 197º)¹⁷³³. E aliado a isso, por dicção do art. 198º do CP luso em vigor, o respectivo procedimento criminal passou a exigir queixa ou participação.

1729 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 34.

1730 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 35.

1731 PORTUGAL. Código Penal. Art. 195º: Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo. Acesso em: 12.04.2023.

1732 PORTUGAL. Código Penal. Art. 196º: Quem, sem consentimento, se aproveitar de segredo relativo à actividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, e provocar deste modo prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

1733 PORTUGAL. Código Penal. Art. 197º: As penas previstas nos artigos 190.º a 195.º são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o facto for praticado: a) Para obter recompensa ou enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado; ou b) Através de meio de comunicação social, ou da difusão através da Internet, ou de outros meios de difusão pública generalizada.

Naturalmente não se pode deixar de destacar a eliminação da expressão “sem justa causa” do tipo penal da violação do segredo profissional. Acerca disso, Rodrigo Santiago¹⁷³⁴ pondera que a supressão daquele tipo normativo se mostrou bastante significativa, eis que veio a coonestar as dúvidas que se apresentavam sobre o significado dogmático e conteúdo de sentido de tal menção. Adiante, invocando as lições de Costa Andrade, leciona que o conceito de justa causa seria equivalente ao de “causa legítima” (aludido no art. 170º do CP de 1886) e rende ensejo a uma valoração judicial sobre a legitimidade do comportamento revelador. Destarte, o juiz deverá reputar penalmente atípica, a revelação do segredo profissional que tenha se dado por um motivo sério, não meramente fútil ou caprichoso, da parte do obrigado ao segredo ou do titular deste¹⁷³⁵.

Santiago alude ainda à expressão “*senza giusta causa*”, consignada no art. 622º do CP italiano, para ponderar que o agente não deverá ser punido quando a divulgação do segredo profissional for feita como meio adequado para realizar um interesse público legítimo, ou se amparada em qualquer outra causa justa, e arremata verberando que a revelação do segredo será lícita e penalmente atípica, sempre que a mesma tenha sido determinada por uma justa causa¹⁷³⁶.

De fato, assiste inteira razão ao jurista português em suas lúcidas reflexões, porque: a) condicionar a revelação do segredo profissional ao consentimento (ou alvedrio exclusivo) do titular naturalmente importaria em conferir cariz absoluto às informações obtidas por força do estado, ofício, emprego ou profissão, ainda que se mostrassem moral e juridicamente indignas, ou mesmo repugnantes; b) excluir do órgão julgador a possibilidade de aferir a presença de uma causa justa ou legitimamente superior aos interesses privados do confitente significaria uma autêntica incriminação objetiva, na medida em que tangenciaria por completo o elemento subjetivo do agente, como ainda aos contornos do princípio da proporcionalidade (CRP/76, art. 18º, nº 2).

b) No ordenamento jurídico brasileiro

No plano do ordenamento jurídico brasileiro, João Bernardino Gonzaga¹⁷³⁷ leciona que as Ordenações Filipinas¹⁷³⁸ eram silentes quanto à violação de segredos privados, entretanto, a

1734 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 36.

1735 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 144.

1736 SANTIAGO, Rodrigo. Ob. cit., p. 145.

1737 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 37.

partir de um conceito bastante elástico do crime de lesa majestade, os segredos da Casa Real eram tutelados através do Título VIII, voltado aos que abrissem cartas del Rei, ou da Rainha, ou de outras pessoas; mas também através do Título XI, destinado às pessoas do Conselho del Rei, e Desembargadores, que descobrissem o segredo.

E na sequência da independência brasileira, ocorrida em 1822, veio a ser editado o Código Criminal de 1830¹⁷³⁹, contudo, tal diploma também foi omissivo quanto à tutela penal dos segredos privados, embora tenha estatuído no rol dos “crimes contra a boa ordem e administração pública” (Título V), duas infrações imputáveis a funcionários. Dispunha aquele diploma, em seu art. 164, que a conduta de revelar algum segredo de que esteja instruído em razão de ofício importaria em penas de suspensão do emprego por dois a dezoito meses, além de multa correspondente à metade do tempo. Além disso, assinalava em seu art. 165 que se a revelação fosse de segredo que interessasse à independência e integridade da nação, em algum dos casos especificados no título 19, as penas seriam dobradas.

De fato, somente na esteira da Proclamação da República, em 1889, e com o advento do Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil¹⁷⁴⁰, em 1890, é que houve a tipificação dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais. Dispunha o art. 192 daquele diploma legal que a conduta de “revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver notícia, ou conhecimento, em razão de ofício, emprego ou profissão”, renderia pena de “prisão celular por um a tres mezes e suspensão do officio, emprego ou profissão por seis mezes a um ano”.

Refletindo sobre tal dispositivo, Oscar de Macedo Soares¹⁷⁴¹ pontuava que “o delicto não consiste em surpreender o segredo, mas em revela-lo. Essa revelação é um abuso de confiança, salvo quando a lei obriga. N’este caso desaparece o *propositum*, a revelação deixa de ser um crime para constituir um dever. Assim, no caso em que o depositário do segredo é obrigado a revelá-lo como testemunha. Entende João Vieira que o confidente pode deixar de depor allegando simplesmente o segredo profissional; mas se depuzer, não é criminoso, attento o justo motivo que lhe assiste”.

1738 BRASIL. Senado Federal. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 13.04.2023.

1739 BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 13.04.2023.

1740 BRASIL. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 13.04.2023.

1741 SOARES, Oscar de Macedo. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal e Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 375.

Na sequência dos acontecimentos, Ricardo Sontag¹⁷⁴² lembra que “em 1927, o pouco prestigiado código penal brasileiro de 1890 já tinha passado por duas tentativas de substituição fracassadas: uma ainda na década de 1890, com o projeto João Vieira de Araújo (1893), e outra na década de 1910, com o projeto Galdino Siqueira (1913). As várias versões do projeto Sá Pereira passaram por diversos percalços: o trabalho continuou apesar da ruptura dos acontecimentos políticos de 1930¹⁷⁴³, ao contrário do que aconteceria sete anos mais tarde com o golpe do Estado Novo. Nesse meio tempo, Sá Pereira elaborou uma nova versão do projeto em 1930, e entre agosto e outubro de 1930 ele seria submetido a uma comissão de revisão na Câmara dos deputados.

Após a tomada do poder por Getúlio Vargas, em 6 de dezembro de 1930, foi instituída uma grande Comissão Legislativa para a revisão ou reforma da legislação civil, comercial, penal, processual da justiça federal e do Distrito Federal, de organização judiciária do Distrito Federal, e de outras matérias indicadas pelo ministro da Justiça. Sucede que Sá Pereira veio a falecer em 20 de setembro de 1934, mas seus trabalhos foram impulsionados e o respectivo projeto veio a tramitar na Câmara dos Deputados a contar de fevereiro de 1935, mas quando já se encontravam na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal vieram a ser interrompidos pelo golpe do Estado Novo¹⁷⁴⁴. Sá Pereira se inspirou no Projeto Ferri, de 1921, voltado a alterar a legislação penal italiana. Dispunha o art. 289 do Projeto Sá Pereira que “aquele que, sem justa causa, revelar algum segredo privado, do qual tenha conhecimento ou notícia em razão do próprio estado, profissão ou arte, ou de algum *munus* público, que exerça, será punido com detenção ou multa”.

1742 SONTAG, Ricardo. Código Criminológico? Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc1d0d2f2375b7a4#:~:text=Os%20projetos%20S%C3%A1%20Pereira%20foram,era%20o%20modelo%20positivista%20por>. Acesso em: 13.04.2023.

1743 A Revolução de 1930 foi um golpe de Estado que depôs o presidente Washington Luís, no dia 24 de outubro de 1930. O movimento foi articulado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul e impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes, sob alegação de fraude eleitoral. Também contribuíram a favor do movimento, o desgosto popular em função da crise econômica de 1929 e o assassinato do político paraibano João Pessoa (BEZERRA, Juliana. Revolução de 1930. In: Toda matéria, 2023). Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-de-1930/>. Acesso em: 13.04.2023.

1744 Em 10 de novembro de 1937, o então presidente Getúlio Vargas instituiu uma ditadura por meio do Golpe do Estado Novo, vigente até 1945. O avanço de regimes antiliberais, corporativos e autoritários ao redor do mundo ajudou a sustentar a formação política de Vargas, no poder desde 1930, também antiliberal, autoritária e fincada no positivismo gaúcho. Em âmbito nacional, o resultado da Constituinte de 1934 desagradou Vargas, que buscava se manter no poder. No ano seguinte, a aprovação da Lei de Segurança Nacional (LSN) foi uma das medidas adotadas para limitar avanços liberais e endurecer o autoritarismo. O argumento para justificar o golpe se dá com a descoberta pelo governo de um suposto Plano Cohen, que se traduzia em uma articulação comunista para tomar o poder (ELIAS, Alice. Golpe do Estado Novo. In: Hoje na História. São Paulo: USP, 2022). Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/40790>. Acesso em 13.04.2023.

Alguns poucos anos depois, veio ao debate o Projeto Alcântara Machado¹⁷⁴⁵, o qual foi concluído e apresentado ao Congresso Nacional brasileiro em 15 de maio de 1938. Referido estudo, em seu art. 346, previa a tipificação penal do crime de violação de segredo profissional, e para tanto dispunha que revelar segredo, de que se tivesse ciência em razão de ministério, ofício ou profissão, e que dessa revelação adviesse ou pudesse advir dano para alguém, importaria em pena de detenção por três meses a um ano, ou multa de até dez contos de réis. Contudo, o §1º do mesmo dispositivo assinalava que não seria punível a revelação, desde que fosse realizada como recurso extremo para evitar outro mal de maior gravidade. Além disso, o §2º do mesmo art. 346 fixava que a apuração da conduta somente se daria mediante queixa do titular do segredo.

Por força dos debates sobre o conteúdo do projeto, verificou-se uma nova redação no multicitado tipo penal de violação de segredo profissional, a qual mantinha inalterada a pena privativa de liberdade, mas mitigava a pena de multa a não mais que dois contos de réis, para todo aquele que “sem justa causa”, viesse a revelar segredo, de que tivesse ciência em razão da função, ministério, profissão ou ofício, e desde que de tal revelação adviesse ou pudesse advir dano a alguém.

Finalmente, com a edição do Código Penal de 1940, o crime de violação de segredo profissional restou tipificado no art. 154, segundo o qual a conduta de revelar, sem justa causa, segredo de que o agente tivesse ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação pudesse produzir dano a outrem, resultaria em pena de três meses a um ano de detenção, ou multa, de um conto a dez contos de réis. Frise-se que tal redação, ainda hoje vigente, foi reproduzida no art. 162 de anteprojeto de lei elaborado por Nelson Hungria, em 1963, mas sofreu ligeiras modificações através do Decreto-lei nº 1.004/69.

Em arremate, em muito oportuna reflexão feita à incriminação do rompimento de sigilo profissional, Nelson Hungria¹⁷⁴⁶ ponderava que “nem mesmo o segredo médico deve ser legalmente imposto. Entre nós um ilustre discípulo de Galeno, em monografia sobre o assunto, assim disserta: ‘Parece-nos que o melhor modo de alguém por a salvo a sua dignidade individual ou a de sua família, é não cometer ações que a maculem. Tal maneira de agir é mais segura do que apelar depois para o sigilo profissional’ (...) Professor Afrânio Peixoto prefere um argumento repassado de jocosidade: ‘É mais fácil e prático procurar um médico reservado, do que obrigar, por lei, ao silêncio, o linguarudo. Nos nossos países latino-

1745 MACHADO, José de Alcântara. Projeto do Código Criminal Brasileiro. São Paulo, 1938. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/65859-Texto%20do%20artigo-87233-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 13.04.2023.

1746 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 6. Ob. cit., p. 259.

americanos falar é alívio. Por que obrigar contra a natureza?’ Seria de retrucar que, por essa lógica, valeria romper de uma vez, com todos os freios de disciplina social, para ensejar-se a livre expansão dos instintos e temperamentos. (...) Certo, já não há falar-se no sigilo profissional com um dever absoluto. Todo o dever tem a sua razão e limite na utilidade social, e não pode deixar de ser, portanto, relativo”.

c) No direito comparado

Hodiernamente é possível afirmar com segurança que o sigilo profissional é penalmente tutelado em boa parte do mundo ocidental. Nesse sentido, o exame do direito comparado assim o demonstra. Com efeito, para fins ilustrativos foram escolhidos 10 (dez) Estados da Europa Continental e outros 10 (dez) Estados da América Latina, em busca de aferir qual o tratamento conferido em seus respectivos ordenamentos às condutas de revelação de informações sigilosas, obtidas por força do exercício profissional, inclusive no âmbito das funções públicas. No plano europeu foram examinados os ordenamentos dos países seguintes: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Itália, Noruega e Suíça. Já no espectro da América Latina foram examinados os ordenamentos dos países seguintes: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

Naturalmente, inexistia motivação para aprofundar o exame de cada dispositivo legal adiante identificado, especialmente porque este não é o escopo do presente estudo. Contudo, ante a relevância do segredo profissional, e sua invocação pelos advogados como um dos mais severos óbices aos deveres de cooperação fixados nos regimes legais de prevenção e combate ao branqueamento de dinheiro, por opção metodológica, indicam-se na tabela seguinte os dispositivos legais dos respectivos códigos penais dos Estados acima aludidos, e que versam sobre o tema do segredo profissional, seja no âmbito dos ofícios privados, seja no âmbito dos cargos, empregos ou funções públicas.

Nº	EUROPA	Dispositivo(s)	AMÉRICA LATINA	Dispositivo(s)
01	Alemanha	StGB, §§. 203, 204, 353b, 355.	Argentina	CP, arts. 156, 157.
02	Áustria	StGB, §§121, 310.	Bolívia	CP, art. 302.
03	Bélgica	CP, arts. 458, 458bis, 458ter.	Chile	CP, arts. 231, 246, 247, 247bis.
04	Dinamarca	StGB, §§152, 152b.	Colômbia	CP, arts. 418, 419, 445.
05	Espanha	CP, arts. 199, 415, 416, 417.	Equador	CP, arts. 201, 279, 282,

				284.
06	França	CP, arts. 226-13, 226-14.	México	CP, arts. 210, 211, 211bis.
07	Holanda	CP, art. 272.	Paraguai	CP, arts. 147, 148, 149.
08	Itália	CP, art. 622.	Peru	CP, art. 165.
09	Noruega	CP, arts. 209, 2010, 211.	Uruguai	CP, arts. 163, 302.
10	Suíça	StGB, §§320, 321.	Venezuela	CP, art. 189.

5.3 Advogados e seus deveres deontológicos

Etimologicamente, o vocábulo “deontologia” teve origem na Grécia, eis que “*déon, déontos*”, significa dever, ao passo que “*lógos*” consiste em discurso ou tratado. Muitos anos depois, Jeremy Bentham conferiu à deontologia um verniz de ciência, a qual estaria voltada a traduzir a ideia de dever ou de obrigação, entretanto, atualmente constitui igualmente um ramo da ética. Trata-se de uma teoria sobre as escolhas feitas pelos indivíduos, sobre aquilo que se revela moralmente necessário, e por isso deve ser feito. Nessa esteira surgiu a expressão “deontologia profissional”, a qual deve ser percebida como o conjunto de deveres, princípios e normas adotados por um determinado grupo de profissionais, dentre os quais os profissionais liberais, como os advogados. Bem por isso, a deontologia jurídica é reputada como um dos pilares necessários aos nobres fins de realização da justiça, da descoberta da verdade material e da pacificação social por meio da resolução dos conflitos, notadamente os judicializados. Nessa esteira, pondera António Arnaut que “o advogado serve a justiça mais do que o direito, e o direito mais do que a lei (...) O advogado informa, aconselha, concilia, serve de mediador entre os cidadãos e entre estes e os tribunais. É, por vocação, um agente da convivência cívica e da paz social (...). Ser advogado é lutar contra o arbítrio e as iniquidades, pugnar por uma sociedade mais justa e convivente. (...) A advocacia é um humanismo e uma magistratura cívica (...) Sem a deontologia (...) é um mercenário, porque não serve a justiça”¹⁷⁴⁷.

Relembre-se que, ainda no capítulo inaugural deste trabalho aludiu-se à classificação adotada por Pierpaolo Bottini¹⁷⁴⁸, segundo o qual existem quatro espécies de advogados: a) advogados togados, assim denominados aqueles que representam clientes em contencioso judicial ou extrajudicial; b) advogados de consultoria jurídica para litígios, que prestam

¹⁷⁴⁷ ARNAUT, António. Iniciação à Advocacia: história deontológica e questões práticas. 11. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 7-8.

¹⁷⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 189.

consultoria ou proferem pareceres voltados especificamente a litígios judiciais ou extrajudiciais atuais ou futuros; c) advogados de consultoria ou assessoria jurídica estrita, que analisam a situação jurídica do cliente ou da operação por ele pretendida, limitando-se à análise ou aconselhamento jurídico sem relação direta com um litígio; d) profissionais de consulta ou operação extrajudicial, caracterizados como aqueles que assessoram ou colaboram materialmente para operações financeiras, comerciais, tributárias ou similares, sem que tal se limite à análise jurídica (ex: advogado mandatário para atividades extraprocessuais, gestor de fundos, analista financeiro, contador).

Em verdade, qualquer que seja o ramo escolhido, deve o advogado trabalhar pelo cumprimento da justiça, observando os princípios constitucionais do contraditório e da amplitude de defesa, mas sem jamais tangenciar o princípio da legalidade, sem o qual seu ofício não ostentará a necessária função social, própria de um Estado Democrático de Direito. Bem por isso, a atuação do advogado deve sempre dignificar a advocacia, e para tanto, inobstante os interesses em conflito, não pode ele se escusar de examinar a necessidade, os valores e as oportunidades que se lhes apresentam no desempenho de seu ofício.

É nesse espectro que o ordenamento brasileiro concebeu alguns diplomas contendo deveres deontológicos a serem observados pelos advogados, mas os atualmente vigentes são: a) a Lei nº 8.906/94¹⁷⁴⁹, conhecida como Estatuto da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil; b) o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁷⁵⁰, editado em 1995, pelo Conselho Federal da OAB.

Em Portugal, por seu turno, a deontologia jurídica foi disciplinada pelo Decreto-Lei nº 84/84, de 16 de março, o qual veio a ser revogado anos mais tarde pela Lei nº 145/2015, de 09 de setembro, onde restam cristalizadas as disposições legais que regulam o exercício da advocacia. Com efeito, o Estatuto da Ordem dos Advogados estabelece o regime jurídico próprio dos advogados, enquanto corporação de ofício. Além disso, dispõe o art. 3º, alínea “d” do EOA que incumbe à Ordem dos Advogados “zelar pela função social, dignidade e prestígio da profissão de advogado, promovendo a formação inicial e permanente dos advogados e o respeito pelos valores e princípios deontológicos”¹⁷⁵¹. Precisamente por isso, cabe à própria entidade de classe desempenhar uma atuação de perene vigilância sobre a conduta ética de

1749 BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20.04.2023.

1750 BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao/oab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 20.04.2023.

1751 PORTUGAL. Lei nº 145/2015, 9 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/145-2015-70236273>. Acesso em: 20.04.2023.

seus próprios membros, especialmente daqueles que demonstram alguma propensão ao cometimento ilícitos ou infrações disciplinares, em violação de regras deontológicas, eis que tais posturas afetam indubitavelmente a reputação de toda a classe profissional, seja porque denigrem a honra da profissão, seja porque abalam o respeito social pela mesma, na medida em que ocasionam certo grau de desconfiança que não se coaduna com a posição de garante do advogado.

Aliás, precisamente nesse sentido, António Arnaut acrescenta que “a exigência de conduta privada irrepreensível radica, assim, na própria natureza da advocacia. Se o advogado exerce uma função de interesse público, não pode ser respeitado e impor-se quando a sua vida pessoal merece censura ética, não se consubstanciando na sua pessoa um polo de autoridade moral”¹⁷⁵². Tal qual a “Mulher de César”¹⁷⁵³, também ao advogado não basta ser sério, sendo preciso igualmente parecer sério, posto que, na condição de órgão auxiliar da realização da justiça, não pode adotar postura antagônica à sua própria função social, além do que deve contribuir com uma atuação profissional técnica e dedicada, e moralmente decorosa. Por outro lado, tal qual os magistrados, deve o advogado, manter vida pública e particular eticamente irrepreensíveis, ainda que sem abdicar do direito à reserva da vida privada e do livre desenvolvimento da personalidade.

É certo que o respeito ao sigilo profissional é um dos mais sensíveis deveres deontológicos dos advogados, contudo, é imperativo admitir que não pode ser invocado como se fosse um escudo protetor da macrocriminalidade, ou da criminalidade transnacional, que na contemporaneidade tem instrumentalizado, de forma cada vez mais intensa, diversos segmentos profissionais sensíveis ao branqueamento de ativos de origem ilícita, dentre os quais o nobre ofício dos advogados. Não é digno que estes se deixem usar para a realização de atos de mandato irregular, ou como advogados de operações, atuando na celebração de negócios jurídicos ilícitos, mas encapotados, como se fossem negócios legítimos. Com efeito,

1752 ARNAUT, António. Ob. cit., p. 81.

1753 César se casou com Pompeia em 67 a.C., após ter servido como questor na Hispânia. Na ocasião era viúvo de sua primeira esposa, chamada Cornélia, a qual falecera de parto. Em 63 a.C., César foi eleito a *pontifex maximus*, o sumo-sacerdote da religião estatal romana, e tal posto lhe conferia direito a uma residência na Via Sacra. Em 62 a.C., Pompeia realizou um festival em homenagem a “Boa Deusa”, evento que não comportava participação masculina. Contudo, o jovem Públio Clódio Pulcro conseguiu ingressar na residência disfarçado de mulher, aparentemente com o propósito de seduzir a anfitriã. Públio foi pego e processado por sacrilégio, mas César não apresentou qualquer evidência contra Clódio no julgamento, e assim ele acabou inocentado. Entretanto, César se divorciou de Pompeia, afirmando: “minha esposa não deve estar nem sob suspeita”. Tal frase originou o provérbio segundo o qual “à mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta” (FEITOSA, Anny; FRANCESCHINI, Bruna; SILVA, Rogério Borba da; BRITO, Rose Dayanne de (org.). Perspectivas de Direito Contemporâneo. Rio de Janeiro: FGB/Pembroke Collins, 2019. p. 29).

não se pode perder de vista que a incriminação do branqueamento decorreu da efetiva necessidade de combater a criminalidade econômica, e conseguir eficazmente confiscar as vultosas vantagens ilícitas que são anualmente acobertadas por meio de tal crime parasitário. Bem por isso, e revigorando as sempre atuais lições de Bernardino Gonzaga¹⁷⁵⁴, “o escritório de um advogado, não se pode transformar em valhacouto de bandidos”.

De fato, foi precisamente a partir da percepção comunitária de que nenhum Estado conseguiria sozinho combater eficazmente as ações da criminalidade transnacional que gerou a edição de variadas diretivas voltadas ao combate e prevenção de crimes absolutamente destruidores do tecido social, tais como tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos humanos e terrorismo, dentre outros.

É necessário que todos os segmentos profissionais sensíveis (especialmente os advogados) percebam que o branqueamento de capitais constitui uma espécie de blindagem voltada a tornar invisíveis os astronômicos lucros provenientes de tais ignomínias. Não podem os integrantes da advocacia olvidar jamais sua condição de “órgãos auxiliares da Justiça”, e também por isso têm o dever de manter-se em permanente vigilância para que não se deixem instrumentalizar pelos tentáculos da macrocriminalidade. Ora, se há verdade e honra na vigorosa assertiva de António Arnaut, no sentido de que “ser advogado é lutar contra o arbítrio e as iniquidades, pugnar por uma sociedade mais justa e convivente”, resta imperativo inferir que nenhuma conduta poderá ser tão desonrosa e pusilânime, para um advogado, quanto a de se postar voluntariamente como um estafeta do crime organizado, notadamente aquele de caráter transnacional.

5.3.1 O papel do advogado na sociedade

O vocábulo “advogado” deriva, etimologicamente, da palavra latina “*advocatus*”, compreendida desde os romanos como “aquele que assiste ao que foi chamado perante a justiça, assistente, patrono, ajudante, defensor”. Na mesma esteira, o vocábulo “*advocatio*” traduz a ideia de “assistência, defesa, consulta judiciária”. Daí resulta que o conceito da palavra “advogado” é polissêmico. Segundo o magistério de Sílvia Vassilieff¹⁷⁵⁵ “o advogado é o profissional diplomado, legalmente habilitado a aconselhar, representar terceiros e promover a defesa de seus direitos e interesses em juízo”. Jean Appleton¹⁷⁵⁶, por seu turno,

1754 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 95.

1755 VASSILIEFF, Silvia. A responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 34.

1756 APLETON, Jean. *Traite de la profession d'avocat*. Paris: Dalloz, 1928. p. 13.

conceitua o advogado como “o profissional regularmente inscrito na Ordem dos Advogados, que atua profissionalmente opinando e respondendo consultas sobre questões de ordem jurídica ou contenciosa, e defendendo na justiça, oralmente ou por escrito, a honra, a liberdade, vida e os interesses de seus clientes, que ele assiste ou representa”. Gladston Mamede¹⁷⁵⁷, por seu turno, assinala que “o advogado é um servidor da sociedade, permitindo a cada pessoa apresentar-se perante o Estado, bem como perante outras pessoas de direito privado, postulando suas pretensões jurídicas e exercitando seus direitos. É, portanto, um ‘protetor’, aquele que ‘defende e intercede a favor’. O advogado é marcado, em sua atividade, por essa parcialidade: ela é essencial em sua atuação. Seu trabalho é justamente dar expressão técnica à pretensão de seu representado, permitindo que esta se revista de forma jurídica, hábil a ser aceita ou refutada pelo judiciário”. Destarte, o elemento comum percebido nas três definições é função social basilar de defesa leal dos interesses das pessoas perante o Estado.

Conquanto o homem seja um indivíduo essencialmente social, depende naturalmente de seus semelhantes para sobreviver, e com vistas a evitar os conflitos decorrentes do convívio social, foram concebidas normas de relacionamento direcionadas a assegurar a paz e a ordem dentro dos grupos sociais. Destarte, todo aquele que descumprisse tais normas de relacionamento estaria sujeito a uma sanção, a qual era originariamente concretizada por meio da vingança privada. Adiante, o Estado avoca para si o encargo de solucionar os conflitos individuais por meio da jurisdição, e com isso pôs-se termo à autotutela. Assim, o Estado não apenas suprimiu do indivíduo o direito de fazer valer, pela força, seus próprios interesses, como criou igualmente o direito do particular ofendido para exigir do Estado a prestação dessa atividade e a disponibilidade dos instrumentos necessários à reparação da ofensa. Contudo, para exercer esse direito de ação era necessária a interveniência de um profissional que conhecesse e soubesse aplicar as normas jurídicas nos casos concretos, em defesa do direito pleiteado pelo indivíduo.

Eis a origem do ofício advocatício, que segundo as lições de Paulo Lôbo¹⁷⁵⁸, teria se iniciado na Suméria, cerca de três milênios antes de Cristo. Acrescenta que “foi em defesa de uma mulher gravemente acusada, segundo um fragmento do Código de Manu. De acordo com ele, sábios em leis poderiam ministrar argumentos e fundamentos para quem necessitasse defender-se perante autoridades e tribunais”. Aduz mais o jurista alagoano que “em Portugal, alguns forais do século XIII já faziam referência aos advogados, mas é com as Ordenações

1757 MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

1758 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Comentários ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB. Brasília: Brasília Jurídica, 1994. p. 18-19.

Filipinas (notadamente no Livro 1, Título XLVIII) que se tenta a primeira organização da advocacia, com reflexos no Brasil. As ordenações determinaram o tempo de oito anos, para o curso jurídico; exame para atuar na Casa da Suplicação; impossibilidade de advogar contra a lei; responsabilidade civil do advogado; penas disciplinares aplicadas pelo juiz, inclusive degredo para o Brasil; e várias normas ético-profissionais”¹⁷⁵⁹.

Considerando, então, o banimento da autotutela ainda na transição do período da vingança privada para o período da vingança divina, sucedido pela fase da vingança pública, pelo período humanitário e pelo período criminológico, é natural a inferência de que o ofício advocatício se tornou uma das principais colunas de sustentação do Estado Democrático de Direito. Quanto ao ponto, adverte Ives Gandra Martins¹⁷⁶⁰, um dos maiores expoentes da ciência jurídica brasileira, que “o jurista tem a obrigação de conhecer todos os fenômenos da sociedade produzidos pelos fatos estudados por todas as ciências humanas, isto é, o operador do direito deve valer-se de todos os conhecimentos específicos para, através do direito, regular a convivência comunitária. O advogado é o ‘médico do organismo social’ que sabe o remédio correto a ser ministrado ao seu paciente, pois, como arguiu Caio Mário, ‘quando o eclipse obscurece as liberdades fundamentais’, ele, e não outro, é habilitado a manipular o instrumental regulador”.

Na mesma trilha, Garin Porto¹⁷⁶¹ salienta que “considerando o direito como instrumento social de convivência comunitária, o advogado é profissional que detém grande responsabilidade dentro da sociedade, vez que o seu conhecimento técnico lhe permite influir sobremaneira na vida de cada indivíduo. O saber jurídico que acompanha o advogado na sua função social lhe confere o título de mais universal dentre os cientistas sociais”.

Em reforço, Thaita Trevizan¹⁷⁶² destaca mais que “na esteira das alterações sociais e jurídicas provocadas pelo fim da *summa divisio*¹⁷⁶³ e pela ascensão jurídica da Constituição,

1759 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Ob. cit., p. 20.

1760 MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do advogado. In: Revista do Advogado. v. 4, n. 14, jul-set. 1983. p. 94-99.

1761 PORTO, Éderson Garin. A função social do advogado. In: Jus Navigandi, ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11634/a-funcao-social-do-advogado/2>. Acesso em: 21.04.2023.

1762 TREVIZAN, Thaita Campos. A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional. Vitória: Edufes, 2013. p. 31.

1763 Entende-se por *Summa Divisio Classica* a divisão existente na civilização romana antiga, entre o direito público e o direito privado, conforme passagem encontrada no Digesto (533 d.C.), segundo a qual “*publicum jus est quod ad statum romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*”. Para os romanos, o direito público tratava dos interesses de Roma (como Estado) e o direito privado das relações entre as pessoas, frisando-se que em Roma as pessoas valiam conforme as suas posses. Todavia, grande parte da doutrina defende que a verdadeira divisão entre o direito público e o direito privado teria nascido a partir do Código Civil Napoleônico de 1804, fruto da afirmação da burguesia, do Estado Liberal, do fim do absolutismo monárquico. Com a evolução, muitas sociedades transitaram do Estado Liberal ao Estado Social, e deste ao Estado Democrático de Direito, ocasião em que os princípios ganharam força e surge a valorização da pessoa na sua plena dignidade de

que deixa de ser encarada como um simples documento político, passando a ser vista como o verdadeiro centro do nosso ordenamento jurídico de onde emanam princípios e valores que direcionam a interpretação e a aplicação de nosso direito, urge a necessidade de harmonizar a atuação privada do advogado com a sua função social, consubstanciada pela própria Constituição Federal. Verifica-se, pois, que o crescimento da importância conferida à função social do advogado”.

Tal pensamento é corroborado por Ruy de Azevedo Sodré¹⁷⁶⁴, para quem “o advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advogado. Sem a intervenção do advogado não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social”. Provalmente por isso, Júlio César Rossi¹⁷⁶⁵ pontua ser o advogado “o mais relevante dos profissionais sociais, pois cabe a ele a função mais transcendente no organismo social, que é a defesa e interpretação do sistema jurídico. É o advogado, portanto, a espinha dorsal de todos os profissionais dedicados às ciências sociais”.

Finalmente, em primorosa síntese poética sobre a função social do ofício advocatício, Piero Calamandrei¹⁷⁶⁶ relembra que “o advogado, como o artista, pode ter a virtude de descobrir e revelar os aspectos mais ocultos e secretos da verdade, a ponto de dar aos profanos, que têm a mesma virtude, a impressão de que os fatos por ele recolhidos com amorosa fidelidade são apenas uma invenção sua. Mas o advogado não altera a verdade se consegue escolher nela os elementos mais significativos que escapam ao vulgo. E não é justo acusá-lo de trair a verdade quando, ao contrário, consegue ser, como o artista, seu mais sensível intérprete”.

Por outro lado, para demonstrar a complementaridade entre o ofício advocatício e o ofício judicante, o jurista florentino proclama: “*Advocati nascuntur, iudices fiunt*”¹⁷⁶⁷. (...) as virtudes de combatividade e de ímpeto, que mais se prezam na advocacia, são próprias da

existência, muito além dos seus bens e patrimônio. Daí surge a ideia da *Summa Divisio Constitucionalizada* (TRAVANCAS, Victor. O Direito Constitucional e os ramos do Direito. Alguma coisa mudou? In: Wordpress.com, abr. 2013. Disponível em: <https://constitucionalidade.wordpress.com/tag/summa-divisio-classica/#:~:text=V%20%E2%80%93%20Enfim%2C%20a%20Summa%20Divisio,digna%20para%20todos%20os%20cidad%C3%A3os>. Acesso em: 21.04.2023).

1764 SODRÉ, Ruy de Azevedo. Ética Profissional e Estatuto do Advogado. São Paulo: LTr, 1975. p. 282

1765 ROSSI, Júlio César. Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35.

1766 CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes vistos por nós, os advogados. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 124.

1767 Eles nascem advogados, tornam-se juízes.

juventude apaixonada e excessiva, enquanto só o passar dos anos amadurece as qualidades de ponderação e de sabedoria que constituem os melhores dotes do juiz. O juiz é um advogado moderado e purificado pela idade, de quem os anos tiraram as ilusões, os exageros, as deformações, a ênfase e, talvez, também a impulsiva generosidade da juventude. O juiz é o que sobra quando são tiradas do advogado todas aquelas virtudes exteriores pelas quais o vulgo o admira. O advogado é a fervente e generosa juventude do juiz; o juiz é a velhice repousada e ascética do advogado”¹⁷⁶⁸.

5.3.2 Estatuto jurídico dos advogados na Constituição do Brasil

No Brasil, o ofício advocatício detém estatura constitucional, conforme se depreende do art. 133 da CF/88, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Por outro lado, o exercício profissional do advogado, outrora regido pela Lei nº 4.215/63, atualmente é disciplinado pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), com a complementação do Código de Ética de 1995, os quais apontam no sentido de que o núcleo da função social do advogado é contribuir em prol da administração da justiça. Pondere-se que o Estatuto da OAB, dentre outras matérias, assinala: a) as atividades privativas da advocacia (art. 1º), b) os direitos dos advogados (arts. 7º e 7º-A), c) os requisitos para ingressar na atividade profissional (arts. 8º e 9º), d) as hipóteses de cancelamento do respectivo registro profissional do advogado (art. 11), d) os limites jurídicos impostos ao advogado empregado (arts. 18 a 21), e) o disciplinamento dos honorários advocatícios (arts. 22 a 26), e) as hipóteses de incompatibilidade e impedimento (arts. 27 a 30), f) os deveres éticos dos advogados (arts. 31 a 33), g) as infrações e sanções disciplinares (arts. 34 a 43), h) a organização administrativa e forma de provimento de cargos (arts. 44 a 67), i) o processo disciplinar e recursos a ele aplicáveis (arts. 70 a 77).

Quanto ao Código de Ética e Disciplina da OAB, é norma infralegal, eis que foi instituído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados em 13 de fevereiro de 1995. Seu desiderato é orientar a conduta do advogado sob o prisma essencialmente ético, razão por que logo em seu art. 2º, § único, estipula os seguintes deveres deontológicos: a) preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade; b) atuar com destemor, independência, honestidade,

1768 CALAMANDREI, Piero. Ob. cit., p. 49.

decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; c) velar por sua reputação pessoal e profissional; d) empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional; e) contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; f) estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; g) aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial; h) abster-se de: h.1) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; h.2) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue; h.3) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; h.4) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana; h.5) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste; i) pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.

A propósito do relacionamento estabelecido entre o advogado e o cliente, merecem destaque as diretrizes contidas nos arts. 8º, 9º e 20. Assinala o primeiro dispositivo que “o advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”. Aí reside a pedra fundamental do elo de confiança necessário ao estabelecimento e prosseguimento da atuação profissional do advogado em defesa dos interesses do constituinte. E em complemento, dispõe o art. 9º que “a conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento”. Além disso, merece ênfase o limite ético imposto pelo art. 20 do mesmo diploma normativo, segundo o qual “o advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer”.

Acerca do sigilo profissional, os arts. 25 e 26 do multicitado Código de Ética corroboram a ideia sustentada neste estudo, segundo a qual tal dever deontológico não é, e nem poderia ser absoluto. Nesse sentido, assinala o art. 25 que “o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa”. Entretanto, caso ausentes tais hipóteses excepcionais, dispõe o art. 26 que “o advogado deve guardar sigilo, mesmo em

depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte”.

Com efeito, da conjugação de ambos dispositivos se extrai que: a) o sigilo profissional é necessário para sedimentar o elo de confiança entre cliente e advogado; b) mesmo que desobrigado pelo cliente, o advogado deve preservar o sigilo profissional, ainda que em sede de depoimento judicial; c) não estão acobertadas pelo sigilo profissional informações que evidenciem grave ameaça ao direito à vida ou à honra de terceiros, tampouco quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente.

Relativamente aos honorários profissionais, dispõe o Código de Ética da OAB que não devem ser estipulados em patamar aviltante (art. 41), mas também não devem ser extorsivos, especialmente porque o respectivo art. 36 assinala que “os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes: a) a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; b) o trabalho e o tempo necessários; c) a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros; d) o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; e) o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; f) o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado; g) a competência e o renome do profissional; h) a praxe do foro sobre trabalhos análogos”.

Convém observar ainda a preocupação do Conselho Federal da OAB em evitar que a avidez pelo recebimento da recompensa por sua atuação profissional possa conduzir o advogado a situações embaraçosas, tais como o recebimento de honorários por meio de dação em pagamento de bens do cliente, que possam suscitar dúvidas quanto ao eventual cometimento do delito de receptação. Nesse sentido, dispõe o art. 38 que “na hipótese da adoção de cláusula *quota litis*, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários de sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente. Além disso, dispõe o respectivo parágrafo único do mencionado art. 38 que “a participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito”.

Finalmente, pondere-se ainda que, fora do âmbito de uma relação profissional, o descumprimento de um preceito ético pode ocasionar tão somente desaprovação social,

contudo, a eventual violação de deveres éticos pelos advogados estará sujeita a sanções previstas na Lei nº 8.906/94. Destarte, os limites deontológicos positivados no Código de Ética e Disciplina da OAB perdem o caráter de normas puramente éticas para se converterem em normas jurídicas de direito administrativo, eis que podem atrair a aplicação de sanções disciplinares. Também em razão disso, ao observar seus deveres deontológicos, nos limites da lei, o advogado estará não apenas preservando a honra, nobreza e dignidade da profissão, como estará ainda enaltecendo sua função intermediadora de direitos, estará reforçando o princípio da indisponibilidade do acesso à Justiça, e finalmente, estará contribuindo para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Quanto à natureza, a atividade do advogado normalmente se revela contratual, eis que precedida pela celebração de um negócio jurídico entre o cliente e o profissional, e deste resulta a emissão de um mandato procuratório, por força do qual o advogado se obriga a desempenhar específica atividade ajustada. Frise-se, contudo, que os serviços prestados pelo causídico correspondem a uma obrigação de meios, e não de fins, notadamente porque o profissional não é obrigado (e nem poderia fazê-lo) a garantir um resultado específico, mas apenas a perseguir tal resultado exitoso, empregando técnica, zelo, diligência e ética. Muito excepcionalmente as atividades desempenhadas pelo advogado são obrigações de resultado, como, por exemplo, em contratos que versem sobre a elaboração de um contrato ou de uma escritura. Em situações de tal natureza, pondera Sílvia Venosa¹⁷⁶⁹ que a relação contratual será de fins, e não apenas de meio.

Ainda quanto à natureza do vínculo contratual celebrado entre clientes e advogados, a doutrina registra certo debate quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)¹⁷⁷⁰. Outros defendem a aplicação exclusiva do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94). Os integrantes do primeiro rol entendem que a atividade profissional do advogado se amolda com perfeição ao conceito de fornecedor, por prestar serviços a um consumidor final, tal como estabelecido pelo art. 3º do CDC. Já os partidários da segunda concepção, dentre eles Cristina Salgarelli¹⁷⁷¹, sustentam que a prevalência do princípio da especialidade, e uma vez que exista lei genérica e lei especial regulando o mesmo objeto, deve ser aplicada esta última.

1769 VENOSA, Sílvia de Salo. Direito Civil: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 216.

1770 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22.04.2023.

1771 SALGARELLI, Kelly Cristina. Não se aplica o CDC na relação entre cliente e advogado. In: Revista Consultor Jurídico. mar. 09 de março de 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-09/nao_aplica_cdc_relacao_entre_cliente_advogado. Acesso em: 22.04.2023.

Tal raciocínio, contudo, é adversado por Rizzato Nunes¹⁷⁷², ao ponderar que “o Código do Consumidor não é uma mera lei geral; ele é uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável a todas as relações de consumo, qualquer que seja o ramo do direito onde vierem a ocorrer. (...) Em matéria de consumo, o CDC é a lei específica e exclusiva, a lei que recebeu da Constituição a incumbência de estabelecer uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, razão pela qual ele deve prevalecer naquilo que inovou”. Registram-se, inclusive, alguns precedentes da jurisprudência brasileira em sintonia com esse entendimento¹⁷⁷³. Todavia, há mais de uma década fixou-se no âmbito do STJ brasileiro o entendimento jurisprudencial no sentido oposto, vale dizer, no sentido de que o CDC não pode ser aplicado à regulação de contratos de serviços advocatícios, justamente por existir legislação especial regulamentando a profissão¹⁷⁷⁴.

Finalmente, a propósito da responsabilidade do advogado, tal qual se verifica em outros ofícios, a atuação profissional defeituosa poderá ocasionar danos (ao cliente ou a terceiros) e por isso mesmo poderá atrair responsabilidades nas esferas penal, civil e administrativa, e nada impede que seja ele punido de forma cumulativamente nas três esferas, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto. Ante o descumprimento de obrigações positivadas no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), pode emanar a responsabilização administrativa, por meio da imposição de alguma das sanções disciplinares preconizadas no respectivo art. 35, a saber: a) censura, b) suspensão, c) exclusão, d) multa.

Em paralelo às sanções disciplinares, e desde que excetuada a hipótese de exclusão de culpabilidade prevista no art. 142, inciso I do CPB, poderá o causídico suportar sanção penal. Frise-se que a exceção ora aludida tem por escopo garantir ao advogado o direito de se manifestar livremente em juízo, em prol da ampla defesa de seu cliente, todavia, adverte

1772 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p. 203.

1773 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO: 68560 SP 068560/2010, Relator: SAMUEL HUGO LIMA, Data de Publicação: 19/11/2010. No mesmo sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. ACUMP: 112859 PB 00566.2009.001.13.01-6, Relator: VICENTE VANDERLEI NOGUEIRA DE BRITO, Data de Julgamento: 01/03/2010, Primeira Turma.

1774 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1123422 PR 2009/0125533-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 04/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2011. No mesmo sentido: STJ. AgRg no AREsp: 616932 SP 2014/0275916-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/12/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/02/2015; STJ. AgInt no AREsp: 895899 SP 2016/0086063-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/08/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2016; STJ. AgRg no AgRg no AREsp: 773476 SP 2015/0212740-6, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 21/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2018.

Felício Soares¹⁷⁷⁵, tal imunidade não põe em salvaguarda os eventuais excessos cometidos pelo profissional em afronta à qualquer das pessoas envolvidas no processo. Destarte, poderá o advogado ser punido na esfera penal, caso sua conduta tenha incidência a alguns tipos penais, tais como: a) violação de sigilo profissional (CPB, art. 154); b) retenção abusiva dos autos (CPB, art. 356), c) patrocínio infiel (CPB, art. 355).

Para além disso, caso a atuação profissional do advogado resulte em prejuízo (material ou moral) ao cliente ou a terceiros, poderá a pessoa prejudicada promover ação de reparação de danos na esfera cível. Quanto ao ponto, Raphael Guedes¹⁷⁷⁶ salienta que, em função do seu relevante papel social, é inaceitável que o exercício da advocacia seja feito de forma precária, não podendo ser ignorados os atos que acarretem danos ao seu cliente ou até mesmo a terceiros. Nesse sentido, aduz Ricardo Cavazzani¹⁷⁷⁷ que no desempenho do mandato, o advogado “se obriga a empregar todo o cuidado e diligência necessários e cuidar da causa com zelo e atenção, acompanhando o andamento da causa, peticionando quando necessário ou exigido e acompanhando e cumprindo os prazos processuais”. Assim, se o profissional comete erros e causa danos ao seu cliente, seja pelo uso de técnica errada ou pela omissão de providências, gerando-lhe responsabilidade e dever de repará-los. Trata-se de hipótese de responsabilidade civil do advogado, cuja existência e proporção devem ser analisadas diante de cada caso concreto apresentado à apreciação do Judiciário, observando-se, para isso, a legislação pertinente à responsabilidade civil e ao exercício da advocacia.

Segundo a doutrina, as condutas danosas mais frequentemente imputadas aos advogados são: a) perda de documentos do cliente, b) extravio dos autos, c) perda de prazos, d) omissão quanto à interposição de recurso, e) omissão quanto ao ajuizamento da demanda dentro do prazo prescricional ou decadencial, f) ausência de comparecimento a alguma audiência do processo, g) desídia no impulsionamento do processo, h) formalização de renúncia de direitos sem o consentimento do cliente. Tais situações podem caracterizar responsabilidade civil de índole contratual.

E quanto à responsabilidade civil extracontratual, esta pode ocorrer quando os prejudicados são terceiros, alheios à relação contratual entabulada entre o advogado e seu

1775 SOARES, Felício de Lima. Os limites da imunidade profissional por manifestações na advocacia. In: Jus Navigandi. 10 de março de 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12442/os-limites-da-imunidade-profissional-por-manifestacoes-na-advocacia>. Acesso em: 22.04.2023.

1776 GUEDES, Raphael Leite. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. In: Âmbito Jurídico. 30 de abril de 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-do-advogado-pela-perda-de-uma-chance/>. Cesso em: 22.04.2023.

1777 CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Responsabilidade civil do advogado. In: Jus Navigandi. 05 de novembro de 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11927/responsabilidade-civil-do-advogado>. Acesso em: 22.04.2023.

cliente, ainda que o dano decorra do desempenho do ofício por força de um mandato procuratório. Por exemplo, tal situação poderá se cristalizar mediante a propositura equivocada de embargos contra terceiro, ou ainda por força de pedido de decretação de falência, com o escopo exclusivo de compelir o devedor a um acordo desfavorável.

Ainda no âmbito da responsabilidade extracontratual deve ser cogitada a responsabilidade pré-contratual, assim entendida aquela que deriva de evento ocorrido durante o momento negocial, por ocasião das tratativas entabuladas antes mesmo da oferta ou proposta. É também denominada de responsabilidade por culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos. Com efeito, o advogado poderá ser chamado a responder civilmente, caso proceda de forma ilícita antes da celebração do contrato com o cliente. Por exemplo, se o advogado se valer de propaganda abusiva ou publicidade enganosa, tal como a garantia de êxito processual em caso de propositura da demanda. Em tais situações o cliente estará sendo induzido a erro, e caso suporte algum prejuízo (material ou moral) naturalmente poderá buscar nas vias judiciais o ressarcimento contra o causídico. Saliente-se, entretanto, que o advogado não poderá ser responsabilizado por meras consultas para fins de diagnóstico jurídico, ou pela emissão de pareceres. Vale destacar que certo segmento da doutrina classifica a responsabilidade pré-contratual como categoria autônoma¹⁷⁷⁸, e não como espécie de responsabilidade extracontratual, porém, conquanto inexistia relação jurídica firmada com o cliente, se afigura perfeitamente adequado conferir à mesma o rótulo de responsabilidade extracontratual.

5.3.3 Estatuto jurídico dos advogados na Constituição de Portugal

A exemplo do que ocorre no Brasil, também em Portugal o advogado deve se conduzir profissionalmente de forma irrepreensível, de modo a inspirar na sociedade a percepção de essencialidade das normas deontológicas, tanto na formação dos novos profissionais, quanto na *práxis* daqueles que já integram a corporação de ofício, cujo prestígio é sedimentado a partir do prestígio de seus integrantes.

Mutatis mutandi, eventuais comportamentos deontologicamente reprováveis por parte do advogado trazem desdouro para toda a classe. Demais disso, conquanto o advogado exerça

1778 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: contratos. t. 1. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 321-324. No mesmo sentido: FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 411; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 152; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 20-21.

uma função de interesse público, somente poderá angariar o respeito social se sua vida pessoal for igualmente respeitável, de modo a lhe conferir a necessária autoridade moral, perante os demais operadores jurídicos, e diante da sociedade. Isto é o que se infere do art. 88º do Estatuto da Ordem dos Advogados¹⁷⁷⁹, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça e, como tal, deve ter um comportamento público e profissional adequado à dignidade e responsabilidades da função que exerce (...)”. Portanto, é correto inferir que o patrocínio ficará irremediavelmente ferido se a vida privada do advogado estiver em contradição com os valores jurídicos que defende.

É oportuno referir que, em paralelo ao Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), a atuação dos advogados portugueses deve ser igualmente pautada pelo Código de Deontologia dos Advogados Europeus, o qual foi originalmente adotado em sessão plenária do *Conseil des Barreaux européens* (CCBE) de 28 de outubro de 1988, e posteriormente alterado nas sessões plenárias do CCBE ocorridas em 28 de novembro de 1998, em 6 de dezembro de 2002, e em 19 de maio de 2006. Dentre outros temas, tal diploma dispõe sobre: a) a função do advogado na sociedade, b) a natureza das regras profissionais e deontológicas, c) os princípios gerais aplicáveis aos advogados (independência, confiança e integridade moral, respeito pelas regras profissionais de outras organizações de advogados, incompatibilidades, publicidade pessoal e interesses do cliente), d) relações com os clientes (inclusive no tocante a eventual conflito de interesses, fixação de honorários profissionais, e vedação ao pacto de *quota litis*¹⁷⁸⁰), e) relações com os tribunais, f) relações entre os advogados.

Cumprir destacar que o pacto de *quota litis* consiste em acordo entre o advogado e o seu cliente, antes da conclusão definitiva da questão em que este é parte, através do qual o cliente se compromete a entregar ao advogado uma parte do resultado que vier a obter, independentemente do resultado corresponder a uma soma em dinheiro ou a qualquer outro bem ou valor, contudo, não integra este conceito o acordo que preveja a determinação dos honorários em função do valor do assunto confiado ao advogado, desde que observe os termos de uma tabela oficial ou se tal acordo puder ser avaliado pela autoridade competente titular de jurisdição sobre o advogado.

Especificamente quanto ao dever de segredo profissional, dispõe o Código de Deontologia dos Advogados Europeus que “é requisito essencial do livre exercício da

1779 PORTUGAL. Lei nº 145/2015, de 9 de setembro. Disponível em: <https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/>. Acesso em: 23.04.2023.

1780 UNIÃO EUROPEIA. *Conseil des Barreaux européens (CCBE). Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*. 3.3 - Pacto de *quota litis*. Disponível em: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/FR_DEON_CoC.pdf. Acesso em: 22.04.2023.

advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas só transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado. A obrigação do advogado de guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado” (2.3-1).

Em verdade, segundo tal normativa, o disciplinamento do sigilo profissional assume contornos de direito absoluto, seja por não contemplar qualquer hipótese de exceção, nem mesmo quando há conflito entre os interesses do cliente e os interesses do advogado, seja pela aparente imperatividade dos comandos consignados nos demais itens do título 2.3, quais sejam: a) o advogado deve respeitar a obrigação de guardar segredo relativamente a toda a informação confidencial de que tome conhecimento no âmbito da sua atividade profissional; b) a obrigação de guardar segredo profissional não está limitada no tempo; c) o advogado exigirá aos membros do seu pessoal e a todos aqueles que consigo colaborem na sua atividade profissional, a observância do dever de guardar segredo profissional a que o próprio está sujeito.

O descortinar do tema *sub examine* nos impõe ainda certa reflexão sobre os princípios que nuclearmente devem disciplinar a atuação do advogado ante alguma situação que o conduza a suspeitar da ocorrência de branqueamento de capitais. Por isso, serão abordados adiante os seguintes princípios: a) integridade, b) independência, c) deveres com a comunidade, d) segredo profissional.

Relativamente ao princípio da integridade, tem-se que o advogado desempenha seu ofício no âmbito do direito de acesso efetivo à justiça, de molde a assegurar que ninguém seja privado de tal direito em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, seja no conhecimento, exercício ou a defesa dos seus direitos. Frise-se que a função intermediadora desempenhada pelo advogado tem estatuto constitucional, pois deriva do art. 208º da CRP/76. Por outro lado, o princípio da integridade impõe ao advogado que não se descure das normas deontológicas da profissão com o mero escopo de agradar ao cliente.

Quanto ao princípio da independência, versa sobre os contornos da atuação do advogado perante o poder público, a opinião pública, os tribunais e terceiros. Com efeito, o causídico não deve depender de qualquer entidade para que possa atuar com desenvoltura,

inclusive porque a multiplicidade dos deveres a que o advogado está sujeito exigem a sua absoluta independência, isenta de pressões ou influências externas. Demais disso, a independência do advogado equivale, em relevância, à imparcialidade do órgão julgador.

Acerca do princípio de respeito aos deveres para com a comunidade, tem-se que o advogado deve sempre pugnar pela boa aplicação das leis. Isso implica dizer que jamais deve advogar contra lei expressa, tampouco usar de meios ou expedientes ilegais, e menos ainda promover diligências inúteis ou prejudiciais à correta aplicação da lei. Precisamente por isso, deve o advogado recusar a prestação de seus serviços sempre que suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação¹⁷⁸¹.

Finalmente, a propósito do princípio do respeito ao sigilo profissional, Orlando Guedes da Costa apregoa se tratar de uma espécie de “regra de ouro” da advocacia e um dos mais sagrados princípios deontológicos, porque é da natureza da missão do advogado que seja ele depositário de segredos do seu cliente¹⁷⁸². Historicamente, o segredo profissional tem sido percebido como condição *sine qua non* para o desempenho do ofício do advogado, isto porque o cliente, ou mesmo o mero consultante, devem nutrir a necessária confiança na discrição do advogado, sob pena de não se sentirem confortáveis para com ele compartilhar informações privadas de caráter incômodo ou comprometedor.

Nesse sentido, dispõe o art. 92º do EOA dispõe que “o advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”. Todavia, como já ponderado linhas atrás, em tópico anterior, o diploma legal luso estabelece hipóteses de exceção, precisamente para que o advogado não se torne cúmplice de condutas penalmente típicas, a pretexto de preservar o sigilo profissional (EOA, art. 92º, nº 4). Com efeito, se é correto afirmar que o princípio da confiança é pedra angular da advocacia, por permitir ao cliente a revelação de fatos da sua vida privada, ou a entrega de documentos, que a mais ninguém confiaria, tudo para a melhor defesa de seus interesses, em juízo ou fora dele; é igualmente certo que a honradez e dignidade do ofício profissional do advogado não podem ser maculados pela instrumentalização do seu conhecimento em prol da macrocriminalidade e da criminalidade transnacional.

1781 PORTUGAL. Estatuto da Ordem dos Advogados. Art. 90, nº 2, “d”:

Em especial, constituem deveres do advogado para com a comunidade: (...) d) Recusar a prestação de serviços quando suspeitar seriamente que a operação ou atuação jurídica em causa visa a obtenção de resultados ilícitos e que o interessado não pretende abster-se de tal operação.

1782 COSTA, Orlando Guedes da. Direito Profissional do Advogado. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 341.

Uma coisa é defender um ou mais indivíduos, ainda que acusados do mais perverso dos crimes; outra coisa bem distinta é orientar alguém para que prossigam cometendo crimes impunemente. Aliás, ainda mais grave seria conceber que, em nome da preservação do segredo profissional, o advogado pudesse atuar comissivamente em prol da consecução objetivos penalmente típicos, seja por meio de consultorias fraudulentas, seja por meio de falsa representação judicial voltada apenas à formalização de um contrato que permita a percepção de vultosos honorários, com posterior estorno de significativo percentual em favor de conta indicada pelo “cliente”, seja ainda concebendo operações de: a) compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. Definitivamente, posturas desse cariz não podem jamais servir como justificativa para manutenção do segredo profissional.

5.3.4 Dever de segredo vs. dever de informação dos advogados

Em curiosa analogia voltada a demonstrar o grau de importância do segredo profissional, comparativamente ao ofício que ensejou o compartilhamento pelo cliente de suas informações privadas, Bernardino Gonzaga¹⁷⁸³ pondera que “o conjunto das profissões privadas assume a forma de uma pirâmide. Na base, se colocam um sem-número de atividades para as quais a guarda de segredos se fundamenta somente na obrigação natural, que todo homem possui, de respeito ao próximo. Numa segunda faixa, superior e de muito menor extensão, ficam os profissionais penalmente submetidos ao silêncio, salvo em algumas das suas relações com as autoridades do Estado. Segue-se-lhe o grupo dos que nem sequer pelo Poder Público podem ser compelidos a dizer o que sabem, mas que só o farão se, no seu razoável foro íntimo, entenderem justificada a revelação. No topo, isolado, colocamos o sacerdote católico, para o qual, segundo as normas canônicas que regem o seu ministério, o que ouve no confessional é objeto de absoluta imposição de sigilo”. Para os fins do tópico ora desenvolvido somente há interesse em examinar as duas faixas profissionais

1783 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 197.

intermediárias, especialmente quanto a três pontos: a) dever de denúncia, b) depoimentos testemunhais, c) informações às autoridades.

Relativamente ao “dever de denúncia”, certos ordenamentos jurídicos o têm estatuído de forma cogente, algumas vezes sob a ameaça de sanção penal, outras vezes sob a ameaça de sanções administrativas. No caso do Brasil é cabível aludir aos que exercem profissões sanitárias, de vez que podem ser legalmente compelidos a denunciar fatos conhecidos por força da relação profissional com o cliente ou com terceiros. O exemplo mais significativo é o dever legal imposto ao médico, para que denuncie à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória, sob pena de suportar detenção de seis meses a dois anos, além de multa (CPB, art. 269).

Vale apontar igualmente o dever legal preconizado pelo art. 11, incisos II e III, da Lei nº 9.613/98, segundo os quais, em caso de operações suspeitas, todos os que exerçam atividades profissionais relacionadas no rol do art. 9º do mesmo diploma, inclusive consultoria jurídica (art. 9º, § único, XIV), deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização. Além disso, deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao COAF, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II, sob pena de responsabilização administrativa, nos moldes do art. 12 do mesmo diploma, o qual comina penas de multa que podem alcançar o valor de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), ou ainda a cassação de autorização para o exercício de atividade profissional.

Em Portugal, por seu turno, ainda sob a vigência da Lei nº 11/2004, de 27 de março, que fixava o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, assinalava em seus arts. 45º e 46º, coimas que variavam de €500,00 (quinhentos euros) a €100.000,00 (cem mil euros), se aplicáveis a pessoas individuais que negligenciassem tais deveres de prevenção, mas se cometessem infrações especialmente graves as coimas aplicáveis seriam da ordem de €2.500,00 (dois mil e quinhentos euros) a €200.000,00 (duzentos mil euros), em relação a pessoas individuais.

Entretanto, o regime de prevenção ao branqueamento de capitais passou a ser disciplinado pela Lei nº 83/2017, a qual não apenas manteve o regime contra-ordenacional, como ainda tipificou um delito omissivo próprio de dever de realizar comunicações aos órgãos de controle, tais como a UIF e o Ministério Público, tal como se verifica nos arts. 157º a 159º daquele diploma.

E no âmbito do direito comparado, se observa que Estados como Alemanha, Espanha, Itália, Chile e Argentina adotam a incriminação geral do crime de branqueamento de capitais com a correspondente realização do tipo em comissão por omissão. Portanto, alguns Estados têm fixados deveres legais de comunicação de operações suspeitas às UIF's, os quais são impostos a alguns segmentos profissionais, sob pena de que a eventual omissão acarrete sanções penais. Assim, resta forçoso admitir a relativização do dever de segredo profissional para as categorias profissionais sujeitas aos regimes de prevenção da lavagem de dinheiro.

Retomando o tema referente ao “dever de denúncia”, Francesco Carrara¹⁷⁸⁴ adverte que “deve-se distinguir entre o que concerne à comprovação da materialidade do crime e o que diz respeito a dados especiais; só a primeira, não estes últimos, está contida na imposição de denúncia”. Por consequência, admitia o jurista de Lucca que se a lei determinasse ao profissional o dever de noticiar às autoridades algum crime que lhe chegasse ao conhecimento, naturalmente deveria fazê-lo, mas não precisaria identificar o autor do delito. Por igual, sustentava o jurista italiano que o médico não deveria ser compelido a revelar todas as circunstâncias que constituíssem segredo do cliente, mas apenas aquelas necessárias à detecção da materialidade delitiva. Tal concepção pode ser cristalizada pelo exemplo do médico que atende a um homem que se diz ferido pela esposa ou por um filho, e caso a lei lhe imponha o dever de cientificar à polícia ou à justiça, deverá fazê-lo, mas sem aludir ao nome do agressor, porque em alguma medida, essa informação pertence igualmente ao socorrido.

Em todo caso, demonstrando sua posição refratária à relativização do segredo profissional, senão por força de situações extremas, Bernardino Gonzaga¹⁷⁸⁵ argumenta que “quando é o próprio criminoso que procura um confidente, seja este médico, advogado ou sacerdote, para confiar-lhe o que fez, o gabinete profissional se transforma em verdadeiro lugar de asilo, no sentido de que os segredos ali expostos ficam depositados como num túmulo”. Pondera ainda que, ao denunciar o aludido criminoso que se foi refugiar no consultório, essa traição do médico pode até não atrair críticas da sociedade, mas, apesar disso, representará um mal insidioso contra a fé na classe profissional, eis que alguma paciente que tendo provocado o abortamento do feto que levava em seu ventre, e que esteja a sofrer dores ou sangramentos que exijam uma curetagem poderá morrer sem assistência médica, ante o temor de que as consequências do gesto irrefletido seja sua delação às

1784 CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal: parte especial*. v. 5. Ob. cit., p. 537-538.

1785 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 199.

autoridades policiais. Precisamente nesse mesmo sentido, Louis Portes¹⁷⁸⁶ reporta que certa feita foi editada na França uma lei que compelia os médicos a comunicar às autoridades sobre abortamentos de que tomassem conhecimento, exceto se a autora fosse sua cliente. Todavia, ignorando a ressalva, muitas mulheres vieram a falecer sem assistência porque entenderam que os médicos haviam se convertido em denunciadores potenciais.

a) Depoimentos testemunhais

A doutrina assinala a existência de uma regra-geral, segundo a qual confidentes necessários não podem ser constrangidos a testemunhar sobre matéria sigilosa. No âmbito do processo civil costuma ser reconhecido um direito ao silêncio, ao passo que no processual penal se aplica o dever de calar. Além disso, dispunha o art. 144 do CCB/1916¹⁷⁸⁷ que “ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”. Tal direito foi significativamente ampliado pelo art. 229 do CCB/2002¹⁷⁸⁸, consoante o qual “ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”. Na mesma trilha seguiam os arts. 363, inciso IV, 347, inciso II, e 406, inciso II, todos do CPC/1973¹⁷⁸⁹.

O primeiro dispositivo preconizava que “a parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa: (...) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo”. O segundo dispositivo pontuava que “a parte não é obrigada a depor de fatos: (...) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, salvo, nas ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”. Já o terceiro dispositivo advertia que “a testemunha não é obrigada a depor de fatos: (...) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”. É certo que o CPC/1973 foi sucedido por outro código de processo civil mais moderno, entretanto, o conteúdo das normas acima

1786 PORTES, Louis. *A la Recherche d'une Étique Médicale*. Paris: Masson & Cie éditeurs, 1964. p. 73-74.

1787 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23.04.2023.

1788 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23.04.2023.

1789 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 23.04.2023.

referidas persiste válido e inalterado no ordenamento brasileiro (CPC/2015¹⁷⁹⁰, arts. 404, IV; 388, II; 448, II). Portanto, houve mera alteração topológica dos aludidos direitos. Já no âmbito do processo penal brasileiro, dispõe o art. 207 do CPP que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Destarte, no plano da jurisdição cível o comando legal se dirige ao juiz, para adverti-lo que não pode exigir o depoimento, ao passo que no plano da jurisdição penal a advertência é feita ao confidente, impondo-lhe a vedação de prestar testemunho, em sintonia com o disposto no art. 154 do CPB. Vale ainda observar que o art. 207 do CPP brasileiro exige a presença de duas condições cumulativas: a) anuência do titular do segredo, b) concordância do profissional. Por isso, o mero consentimento do titular da informação sigilosa não tem efeito vinculante sobre o confidente, e quanto a isso Alberto Crespi¹⁷⁹¹ destaca que o confidente pode deter interesses pessoais próprios, tais como fama de seriedade, ou de discrição, que legitimamente o inibam de seguir o desejo do cliente, que pode estar almejando algum dano para si próprio.

No âmbito do ordenamento português se observa farto disciplinamento sobre proteção ao sigilo profissional e recusa legítima ao dever de depor. Com efeito, assinala o art. 417º que todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados” (nº 1), e aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis (...) (nº 2), entretanto, a recusa será reputada legítima se a obediência importar (...) em violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado (nº 3, “c”). Além disso, assinala o art. 497º, nº 3, do mesmo diploma que devem escusar-se a depor os que estejam adstritos ao segredo profissional, ao segredo de funcionários públicos e ao segredo de Estado, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se neste caso o disposto no nº 4 do artigo 417º.

E quanto ao CPP português, nele se encontram diversos dispositivos voltados a salvaguardar o segredo profissional em face do dever de testemunhar, dentre os quais o art. 135º, segundo o qual “os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei

1790 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23.04.2023.

1791 CRESPI, Alberto. Ob. cit., p. 153.

permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos (nº 1), contudo, se houver dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procederá às averiguações necessárias, e caso conclua pela ilegitimidade da escusa, ordenará, ou requererá ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento” (nº 2). E seguindo a mesma *ratio legis*, assinala o art. 136º, nº 1, que “os funcionários não podem ser inquiridos sobre factos que constituam segredo e de que tiverem tido conhecimento no exercício das suas funções”, ao passo que prescreve o art. 137, nº 1, que “as testemunhas não podem ser inquiridas sobre factos que constituam segredo de Estado”.

Vale ainda aludir a outros dispositivos que disciplinam: a) a apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico (CPP, art. 180º); b) a apreensão em estabelecimento bancário (CPP, art. 181º); c) a requisição de documentos protegidos por segredo profissional ou de funcionário e segredo de Estado (CPP, art. 182º); d) as formalidades das operações voltadas à apreensão de documentos e destruição daqueles que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado protegidos por segredo profissional (CPP, art. 188º, nº 6, “c”).

Conclusivamente, o que se observa, tanto no ordenamento jurídico português, quanto no ordenamento brasileiro, relativamente ao dever de segredo profissional em confronto com o dever de testemunhar em juízo, é que na seara do processo civil costuma ser reconhecido um direito ao silêncio, ao passo que no plano do processo penal se aplica o dever de calar, e tais balizas deontológicas se mostram idôneas, pois se a autorização do titular do segredo tornasse compulsório ao profissional o ônus de prestar declarações, isto poderia gerar ao confitente doloroso constrangimento, na medida em que sendo perquirido pelo magistrado se permite ou não seja ouvido o confidente, aquele se sentiria compelido a responder afirmativamente, sob pena de ensejar forte suspeita de que possui algo de grave a ocultar.

Contudo, há precedentes da jurisprudência brasileira que adotaram entendimento diametralmente oposto, sob a invocação do interesse público na apuração de crimes. Alberto Silva Franco¹⁷⁹² alude que “a matéria já foi levada ao STF, através de *habeas corpus*, em caso rumoroso de São Paulo. Tratava-se do diretor do Hospital das Clínicas, que se recusava a atender ordem do juiz criminal, sob pena de desobediência, no sentido de prestar informações sobre o atendimento de pessoa acusada de ter praticado o aborto. O STF concedeu a ordem, que o TJSP havia negado”.

1792 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Ob. cit., p. 1856.

Aliás, a propósito do conflito de interesses acima relatado, indagam Adolphe Chauveau e Hélie Faustin¹⁷⁹³ se a sociedade possui outro interesse além do de descobrir os crimes, mas evidenciam se tratar de mera pergunta retórica, quando respondem à propositura com outra indagação: “Não tem ela também o interesse não menos sagrado de manter a segurança das relações dos cidadãos, de proteger a fé jurada, de velar pelo cumprimento dos deveres morais?”. Partilhando a mesma ideia, Francesco Carrara¹⁷⁹⁴ acresce que obrigar um confidente necessário a depor sobre o que lhe fora confiado em sede de segredo profissional seria o mesmo que obter “seu fim por meio de uma imoralidade”.

Ainda refletindo sobre o precedente jurisprudencial do TJSP, referido linhas atrás, Bernardino Gonzaga¹⁷⁹⁵ relembra que o debate sobre o sigilo profissional costuma girar em torno da figura do médico, entretanto, admitindo-se que este tenha a obrigação de fornecer esclarecimentos às autoridades judiciárias, a mesma regra, por coerência, se teria de estender a outros profissionais, inclusive o advogado, e mesmo ao sacerdote, caso em que estaríamos diante de uma justiça tirânica que impõe ao defensor que revele as confidências recebidas do réu, seu constituinte, sempre que pairarem dúvidas, no processo, sobre a culpa deste; ou que se sentiria autorizada a impor ao sacerdote religioso o dever de revelar segredos de confissão.

Portanto, no preciso arremate de Sebastian Soler¹⁷⁹⁶, “seria uma perfídia jurídica deixar ao advogado a faculdade de delatar seu cliente”, mas ampliando a dimensão do dever de segredo, ao plano filosófico, cabe relemburar célebre frase do Padre Antônio Vieira¹⁷⁹⁷, segundo a qual “não dizer um homem o segredo que sabe é guardar segredo às coisas; mas não dizer que sabe o segredo, é guardar segredo ao segredo, e isto é muito maior”.

Noutro giro, não se pode desconsiderar a perfídia humana, a qual pode agir inclusive para criar um segredo profissional artificialmente. Com efeito, imagine-se que um advogado já conheça, por outras fontes, informação sobre a autoria de um crime, e para evitar que tal profissional seja convocado a depor, o réu busque maliciosamente contratar seus serviços, precisamente para aprisionar as informações já detidas na cela do segredo profissional. Tão logo perceba a manobra, deve o advogado recusar a prestação do serviço, de modo a manter-se livre para testemunhar, mas caso somente descubra que foi engrupido após ter aceito o patrocínio do sorratoeiro cliente, não estará obrigado a guardar silêncio sobre o que sabe, seja

1793 CHAUEAU, Adolphe; FAUSTIN, Hélie. *Théorie du Code Pénal*. t. 3. Paris: Cosse & Co, 1872. p. 318-319. Disponível em: http://data.decalog.net/enap1/Liens/gallica/gallica_0048.pdf. Acesso em: 23.04.2023.

1794 CARRARA, Francesco. Ob. cit., p. 560.

1795 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 202.

1796 SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. v. 4. Ob. cit., p. 118.

1797 VIEIRA, Padre Antônio. Frases do Padre Antônio Vieira. In: Pensador. Disponível em: https://www.pensador.com/frases_padre_antonio_vieira/. Acesso em: 23.04.2023.

sob a ótica moral, tampouco sob a ótica jurídica, e caso seja convocado a depor, poderá fazê-lo, ainda que adote a prudente cautela de esclarecer preliminarmente as circunstâncias fáticas em que teve conhecimento dos fatos, bem assim os motivos pelos quais não se considera vinculado ao ex-cliente.

Finalmente, no âmbito da *common law*, Pedro Ackel¹⁷⁹⁸ tece considerações sobre o alcance do princípio *attorney-client privilege*, que no âmbito do direito norte-americano, confere proteção às comunicações confidenciais entre advogado e seu cliente, para preservá-las do conhecimento de terceiros. Alude igualmente à *work-product doctrine protection*, voltada a conferir proteção legal em relação aos materiais preparados em antecipação a litígios pela própria companhia, ou seus representantes, advogados e consultores.

Aduz ainda o tributarista paulistano que tanto as informações acobertadas pelo *privilege*, quanto pelo *work-product protection*, são levados muito a sério no direito norte-americano, eis que eventual vazamento de informações ou documentos cobertos por sigilo legal é admitido como renúncia ou o levantamento do sigilo. Além disso, a questão se torna ainda mais delicada quando se discute se o compartilhamento de informações e documentos com o Estado ensejaria o levantamento do *privilege*.

Com efeito, ainda nos primórdios do século XX, a Suprema Corte norte-americana entendia que o compartilhamento de informações e documentos com o governo não justificava a quebra do *privilege*, entretanto, o que se observa em precedentes jurisprudenciais mais recentes é uma orientação contrária, no sentido de não imunizar a quebra do sigilo ocasionada pelo compartilhamento de informações e documentos com o governo. Nesse sentido, podem ser mencionados tanto o caso *Diversified Industries, Inc. v. Meredith* (1978)¹⁷⁹⁹, julgado pela Corte de Apelações do 8º Circuito, quanto o caso *Wadler v. Bio-Rad Labs* (2016)¹⁸⁰⁰, julgado pelo Tribunal Distrital do Distrito Norte da Califórnia.

1798 ACKEL, Pedro Teixeira Leite. Princípio do *Attorney-Client Privilege* da *Common Law* na Jurisdição Brasileira: Sigilo Profissional em Face da Moralidade e da Publicidade. In: Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197015359/principio-do-attorney-client-privilege-da-common-law-na-jurisdicao-brasileira-sigilo-profissional-em-face-da-moralidade-e-da-publicidade-governanca-compliance-e-cidadania#ftn.DTR.2019.40109-n1>. Acesso em: 23.04.2023.

1799 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Court of Appeals for the 8º Circuit. Diversified Industries, Inc. v. Meredith* (1978). In: Casetext. Disponível em: <https://casetext.com/case/diversified-industries-inc-v-meredith>. Acesso em: 23.04.2023.

1800 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US District Court for the Northern District of California. Wadler v. Bio-Rad Labs* (2016). In: Casetext. Disponível em: <https://casetext.com/case/wadler-v-bio-rad-labs-inc-7>. Acesso em: 23.04.2023.

b) Depoimento e justa causa

Conforme restou assinalado linhas atrás, no processo penal brasileiro o profissional confidente estará proibido de depor, salvo se for desobrigado pela parte interessada (CPP, art. 207), ao passo que no espectro do processo civil brasileiro, o confidente necessário não é obrigado a depor, precisamente para preservar os segredos obtidos em sede de uma relação profissional, e mesmo que o titular da informação externe seu consentimento, ainda assim o profissional poderá se recusar a depor por razões deontológicas. Entretanto, excetuadas as situações excepcionais que caracterizem “justa causa” para violação do sigilo profissional, e que já foram abordadas no tópico 5.3.3, caso o profissional decida em sentido contrário, e resolva prestar depoimento com testemunha, é provável que tal atitude seja reputada eticamente reprovável por seus pares, especialmente se o profissional for um advogado.

Todavia, imagine-se que se trate de um médico, normalmente destituído de conhecimentos jurídicos. Em tal hipótese, o médico provavelmente desconhecerá a possibilidade legal de recusar as informações perquiridas pelo Juiz e pelo membro do Ministério Público, especialmente se o defensor do réu for um advogado inexperiente que não suscite, a título de questão de ordem, a inexigibilidade ou mesmo vedação daquele depoimento. Nesse cenário hipotético, é possível que o médico acredite ter o dever de revelar o que sabe sobre os fatos investigados, e caso assim proceda estará agindo em erro. Demais disso, incidindo o erro sobre o elemento normativo da “justa causa”, explicitamente previsto no art. 154 do CPB, o dolo restará elidido. Portanto, considerando que inexistente o crime de violação de sigilo profissional na modalidade culposa, a conduta do médico será penalmente atípica.

Caso transposto o exemplo acima concebido ao plano do processo civil, a conduta equivocada do médico se torna ainda mais factível, eis que o CPC brasileiro não outorga à testemunha o direito de previamente se recusar a depor. Na verdade, dispõe o art. 453, §3º do CPC/2015 que “a testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos previstos neste Código, decidindo o juiz de plano após ouvidas as partes”. E no caso em exame o motivo da escusa seria precisamente aquele referido no art. 448, inciso II do CPC/2015, vale dizer, o dever de resguardar as informações obtidas sob o manto do sigilo profissional.

Em todo caso, merece atenção a advertência de Daniel Assumpção Neves¹⁸⁰¹ sobre os contornos efetivos do sigilo profissional. Pondera o processualista bandeirante que “também não há dever de depor a respeito de fatos a cujo respeito, por estado (v. g., líder religioso) ou profissão (v. g., advogado e médico), deva guardar sigilo. A limitação legal só se justifica quando aplicável a fatos efetivamente protegidos pelo direito ao silêncio, de forma que continua a ser dever da testemunha responder a perguntas a respeito de fatos que extrapolem a *ratio* da norma legal. Nesse caso, há dever de não revelar os fatos e quem descumprir esse dever, sem justa causa, será responsabilizado criminalmente, além de eventuais consequências cíveis e sanções administrativas”.

Entendimento similar se observa nas lições de Humberto Theodoro Júnior¹⁸⁰², o qual relembra que “é dever de todo cidadão colaborar com o Poder Judiciário na apuração da verdade a fim de que os litígios sejam legitimamente compostos”, contudo, salienta que “acobertam-se, porém, pelo sigilo profissional apenas os fatos que forem confiados pela parte à testemunha, no estrito exercício de sua profissão. Sobre os fatos que por outros meios, tenham chegado ao seu conhecimento, não prevalece o sigilo (TJSP – RT, 127/212) ainda que haja relação com a atividade profissional do depoente. A desobediência ao dever da verdade, sobre o qual a testemunha é advertida expressamente antes de depor (art. 415)¹⁸⁰³, acarreta-lhe pena criminal de um a três anos de reclusão (art. 342 do Código Penal). O crime de falso testemunho ocorre tanto quando se faz afirmação falsa, como quando se nega ou oculta a verdade (art. 415, parágrafo único)”.

Portanto, a inferência natural é que o profissional convocado a depor estará invariavelmente em situação muito delicada, caminhando sobre uma tênue linha divisória e que separa dois campos igualmente incriminados. De um lado, estará o crime de violação de segredo profissional (CPB, art. 154), e de outro, estará o crime de falso testemunho (CPB, art. 342). Caso o profissional se recuse a depor sobre qualquer fato que tenha conhecimento, correrá o risco de que seu comportamento seja interpretado como falso testemunho, e que isso ocasione inclusive uma ordem de prisão em flagrante. Por outro lado, caso revele informações que obteve por força da relação profissional outrora entabulada com seu cliente correrá o risco de ser posteriormente incriminado por tal indiscrição. Nesse cenário, se o magistrado rejeitar a escusa do profissional, e ordenar que seja colhido seu depoimento testemunhal,

1801 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo. 5. ed. Salvador. JusPodivum, 2020. p. 812.

1802 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 516-518.

1803 O art. 415 aludido por Theodoro Júnior integrava o CPC de 1973, mas se manteve inalterado no art. 458 do CPC de 2015, de modo que houve apenas uma alteração na topologia da norma processual.

provavelmente ele cederá, especialmente se não detiver sólidos conhecimentos jurídicos. Entretanto, caso venha a suportar acusação pelo crime de violação de segredo profissional, por certo poderá invocar a ocorrência de uma justa causa, e seu argumento será absolutamente idôneo. Tal situação, entretanto, não pode ser confundida com a postura do confidente que está decidido a violar o segredo profissional, e uma vez chamado a depor não invoca o direito ao silêncio (CPC/2015, art. 448, II), para, deste modo, se servir do Poder Judiciário e criar um simulacro de justificativa.

c) Processos administrativos

Enquanto o tópico imediatamente anterior versa sobre a possibilidade de que um profissional confidente seja convocado a depor em juízo (cível ou criminal), neste momento examinaremos a hipótese de que o mesmo seja chamado a depor em sede de procedimentos de natureza administrativa, tais como sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, ou processos administrativos fiscais, dentre outros. Relembre-se que iguais princípios regem os depoimentos prestados junto a órgãos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito, por exemplo. Nesse sentido, é oportuno referir que segundo o art. 6º da Lei nº 1.579/52¹⁸⁰⁴, “o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal”.

Como visto acima, no âmbito do processo civil subsiste possibilidade de recusa de depoimento do profissional confidente, mas no processo penal não se trata de mero direito ao silêncio, mas sim de proibição de depor. Diante disso, e considerando que se aplicam as CPI's as disposições do processo penal, indaga-se por quais razões jurídicas os confidentes necessários precisariam atender a pedidos de esclarecimentos por parte de autoridades públicas (do Executivo ou do Legislativo), sobre matéria protegido pelo manto do sigilo profissional? Ora, se o profissional confidente pode opor legalmente sua resistência a depor em juízo, com muito maior razão poderá fazê-lo perante delegados de polícia, membros do Ministério Público, auditores-fiscais, ou parlamentares integrantes de alguma CPI.

Contudo, o que parece ser óbvio para a doutrina nem sempre é corroborado pela jurisprudência, nem mesmo quando emanada do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Exemplo disso foi certa decisão adotada pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha,

1804 BRASIL. Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11579.htm. Acesso em: 24.04.2023.

integrante do STF, órgão julgador a quem compete precipuamente a guarda da Constituição (CF/88, art. 102). Com efeito, ainda em setembro de 2021, a magistrada denegou pedido de reconsideração formulado pela defesa do advogado Marcos Tolentino, convocado a depor na CPI da Pandemia¹⁸⁰⁵.

Demonstrando uma percepção bastante peculiar sobre os contornos do art. 207 do CPP, a magistrada também denegou o pedido do paciente para não ser conduzido coercitivamente à CPI. Argumentou Sua Excelência a ausência de fato novo em relação à decisão que proferira em 31 de agosto de 2019, nos autos do Habeas Corpus nº 205.999. Frise-se que o advogado Marcos Tolentino foi convocado na qualidade de testemunha, para prestar esclarecimentos sobre o contrato firmado pelo FIB Bank, que teria sido usado pela Precisa Medicamentos, intermediadora da vacina Covaxin, para oferecer “carta de fiança” ao Ministério da Saúde. No requerimento de convocação, a CPI sustentava que o advogado teria sido apontado como “sócio oculto” da empresa que teria fornecido garantia irregular no negócio de compra da vacina indiana. Contudo, no *habeas corpus* impetrado, a defesa do advogado alegou que a CPI não o incluiu no rol de investigados de forma deliberada, para que não fossem observados os direitos constitucionais assegurados a todos os investigados no processo penal brasileiro, como o direito de permanecer em silêncio.

Pelo visto, há uma significativa distância hermenêutica entre direito ao silêncio, tal como percebido pelo STF de 1954, no caso do Hospital das Clínicas de São Paulo (referido linhas atrás na letra “a” deste mesmo tópico) e o STF do século XXI. Os eminentes julgadores do STF de outrora proclamaram, por unanimidade, que além de não estar obrigado, o diretor do nosocômio era legalmente proibido de compartilhar os informes, que seriam usados como corpo de delito indireto em ação penal por crime de aborto. Naquele cenário, pouco importava que a ré tivesse sido atendida por outro médico, pois na condição de diretor do hospital, o paciente detinha sob sua guarda os respectivos arquivos, e por isso mesmo era destinatário da vedação legal prevista no art. 154 do CPB. E considerando se tratar de um hospital público, a Corte ponderou que ao colocar seus agentes para prestar serviços aos particulares, como confidentes necessários, o Estado deveria ser o primeiro a dar bom exemplo de fidelidade às normas penais¹⁸⁰⁶.

1805 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministra Cármen Lúcia mantém condução coercitiva de Marcos Tolentino para depor na CPI. In: Portal do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472856&ori=1>. Acesso em: 24.04.2023.

1806 FÁVERO, Flaminio. Segredo médico e abortamento criminoso. In: Revista dos Tribunais. v. 314. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961. p. 314. No mesmo sentido: ALMEIDA JÚNIOR, Antônio de. Do segredo médico. In: Revista dos Tribunais. v. 366. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 37.

d) Requisições fiscais, policiais, ministeriais ou judiciárias

Acerca das requisições formuladas por autoridades públicas, tem-se por essência situação bastante semelhante àquela dos depoimentos testemunhais, pois o objeto do resguardo deve ser o mesmo, vale dizer, a informação sigilosa que pertence ao cliente ou paciente, e que foi obtida no âmbito de uma relação profissional. Assim como o titular do segredo compartilha seus segredos pela via oral, pode fazê-lo por via escrita, mediante a entrega de algum documento ou carta que detinha. Destarte, pouco importa se a informação privada chegou ao conhecimento do confidente em forma oral ou escrita, deve ele zelar pelos segredos de seu cliente ou paciente. Daí se depreende que a convocação para servir como testemunha tem por desiderato extrair a informação pela via oral, ao passo que a requisição de informações ou documentos, almeja produzir uma prova escrita, a ser utilizada no âmbito de uma sindicância, um processo administrativo, um inquérito policial, um inquérito civil público, ou mesmo em uma ação judicial. Portanto, o raciocínio a ser aplicado é rigorosamente o mesmo.

É certo que no âmbito de sua atividade fiscalizatória, as autoridades tributárias podem requisitar informações não apenas ao contribuinte, mas também a diversas pessoas e entidade. Nesse sentido, dispõe o art. 197 do Código Tributário Nacional (CTN)¹⁸⁰⁷ que “mediante intimação escrita, são obrigadas a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício; II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; III - as empresas de administração de bens; IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais; V - os inventariantes; VI - os síndicos, comissários e liquidatários; VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”. Entretanto, o respectivo parágrafo único estabelece a ressalva de que “a obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”.

1807 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 24.04.2023.

De igual modo, a Lei Complementar nº 75/93¹⁸⁰⁸, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em seu art. 8º, incisos, II a IV, autoriza seus membros a: “II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas”. Além disso, tal poder requisitório se encontra cristalizado na Lei nº 8.625/93¹⁸⁰⁹, conhecida como Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e que ratificou os poderes requisitórios dos membros do *Parquet*, através do art. 26, inciso I, alínea “b”, inciso II e inciso III. Entretanto, por dicção do § 2º do mesmo dispositivo, “o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

E no âmbito do Poder Judiciário, podem os juízes brasileiros requisitar documentos e informações, por força de variados dispositivos do CPP (arts. 3º-B, X; 174, III; 544; 662; 688, §1º; 708, § único) e do CPC (arts. 153, § 4º; 438; 982, II; 989, I; 1038, III). E em Portugal, o poder de requisição de informações também foi conferido aos juízes (CPC, arts. 123º, nº 1; 436º, nº 1; 601º, nº 1; 643º, nº 5), e membros do Ministério Público (CPP, art. 109º, nº 5, “b”).

Destarte, tendo em mira que a regra-geral fixada o art. 154 do CPB, e do art. 195º do CP português, somente por exceção prevista em outros diplomas legais se pode considerar um confidente necessário autorizado a revelar segredos de que é depositário, pois até mesmo do Poder Judiciário se exige a autocontenção ante o dever de silêncio do profissional confidente. Precisamente por isso, não se pode tangenciar o risco de ampliar em demasia o rol dos destinatários das normas penais que tutelam o segredo profissionais, as quais se destinam tão somente aos integrantes das profissões particularmente ligadas à ideia de fé pública. Portanto, na medida em que juízes, membros do Ministério Público e autoridades tributárias devem respeitar o segredo profissional, é razoável inferir que nenhum outro confidente necessário pode ser compelido a fornecer informações ou esclarecimentos sobre seus clientes ou pacientes, sem disposição legal em sentido contrário.

1808 BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em 24.04.2023.

1809 BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 24.04.2023.

5.3.5 Advogados: entre o sigilo profissional e o dever de comunicação de atividades suspeitas

Consoante abordado no capítulo primeiro deste trabalho, o legislador português editou a Lei nº 25/2008, de 5 de junho, para disciplinar o regime de prevenção e repressão aos crimes de branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo, e assim procedeu ante a necessidade de transpor ao ordenamento interno as diretrizes fixadas pela Diretiva nº 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005. Aquele diploma consagrou um amplo catálogo de deveres voltados à prevenção do branqueamento de capitais, e que era dirigido não apenas às entidades financeiras, mas igualmente a algumas entidades não-financeiras reputadas sensíveis ao branqueamento, dentre as quais os advogados. (art. 4º, “g”). Todavia, na sequência da evolução normativa, foi editada a Lei nº 83/2017, que transpôs ao ordenamento luso as diretrizes fixadas pela Diretiva nº 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e pela Diretiva nº 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016. Destarte, foram inseridas algumas alterações no regime da prevenção e repressão do branqueamento de capitais.

É forçoso reconhecer que a Lei nº 83/2017 onerou diversas entidades, por meio da fixação ou ampliação de um amplo catálogo de deveres, alguns dos quais já existiam por força da Lei nº 25/2008. Nesse tocante, o art. 4º, nº 1, “f”, do diploma em vigor submeteu aos deveres de prevenção os advogados constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente, ou noutras circunstâncias, em operações (n.º 2, do artigo 4.º): a) de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes; c) de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que envolvam a realização das contribuições e entradas de qualquer tipo para o efeito necessárias ou qualquer dos serviços referidos nas alíneas “a” a “f” do número seguinte; e) de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais; f) financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente.

Em paralelo, por meio de seu art. 45º, o diploma em vigor inseriu um sistema de comunicação sistemática de operações, segundo o qual as entidades obrigadas devem comunicar ao DCIAP e à UIF, quaisquer tipologias de operações que venham a ser definidas através de portaria do ministro responsável pela área da justiça. Relembre-se que segundo os

ditames da Lei nº 25/2008 os advogados gozavam de um regime sancionatório específico em caso de inobservância dos deveres genéricos e dos deveres específicos que lhes fossem imputados, razão pela qual estavam expressamente excluídos do regime sancionatório contra-ordenacional do art. 46º, nº 1, “b” c/c o art. 53º.

Se é correto admitir que a Lei nº 83/2017 intentou proteger o sigilo profissional em todas as hipóteses, é igualmente certo ter se mostrado menos eficaz que a Diretiva nº 2015/849/UE, pelo menos no tocante às consultas jurídicas, eis que a normativa internacional previu que as informações prestadas pelo cliente ao advogado para fins de diagnóstico de sua situação jurídica estavam protegidas. Todavia, nem toda consulta jurídica é voltada a um diagnóstico da situação do cliente, tampouco à fixação de uma estratégia de defesa do cliente.

Nesse sentido, Vitalino Canas¹⁸¹⁰ exemplifica as hipóteses do advogado ser contratado para elaborar um contrato, ou para montar uma operação imobiliária, ou ainda uma operação de compra ou venda de sociedades comerciais, e por meio delas reinserir recursos financeiros em valores mobiliários numa zona *offshore*. Pontua ele que em tais hipóteses o advogado não estará praticando meros atos de avaliação da situação jurídica do cliente, e por isso mesmo estará sujeito aos deveres de prevenção, não podendo invocar o escudo do sigilo profissional.

Compartilhando tal convicção, Pierpaolo Bottini¹⁸¹¹ pondera que os advogados de representação contenciosa são desobrigados do dever de comunicação, tal qual o advogado consultado pelo arguido para orientá-lo em processo administrativo ou judicial específico, ou para determinar sua situação jurídica, mas reconhece ser absolutamente diversa a situação do advogado contratado para estruturar operações que possam ser usadas para fins de branqueamento, pois nessa tarefa não estará realizando a defesa do cliente, tampouco estará avaliando sua situação jurídica, de modo que terá o dever de prestar informações às autoridades públicas sobre atos suspeitos de branqueamento.

Catarina Abegão Alves¹⁸¹² pondera que, ao isentar do dever de comunicação os advogados empenhados em consultas jurídicas, o legislador teria almejado apaziguar o dever de segredo profissional com o dever de prevenção ao branqueamento, e que tal delimitação negativa fixada tanto pelo legislador europeu, quanto pelo legislador português, evidenciam a escolha, por um juízo de proporcionalidade, entre os interesses em colisão, inclusive por dicção do art. 18º, nº 2 da CRP/76, segundo o qual somente se admite uma restrição a direitos

1810 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 129.

1811 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit., p. 137-138.

1812 ALVES, Catarina Abegão. O segredo profissional e o papel dos advogados na prevenção do branqueamento de capitais. In: Anatomia do Crime. v. 10, jul./dez. 2019. p. 72.

fundamentais, se esta se der para salvaguardar outros direitos e no respeito pelos requisitos da reserva de lei e do princípio da proporcionalidade.

Esta também é a posição defendida por Rita Campos¹⁸¹³. Todavia, robustecendo a ideia de que o segredo profissional não é um direito absoluto (porque nem mesmo o direito à vida o é), tanto a Diretiva nº 2015/849/UE, quanto a Diretiva nº 2016/2258/UE, excetuaram a incidência desta delimitação negativa quando: a) o advogado é autor ou cúmplice do crime de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo; b) o advogado presta consulta jurídica para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo; c) o advogado sabe que o seu cliente solicita os seus serviços para esses efeitos.

Nessa ordem de ideias, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁸¹⁴ assinala que se o advogado levar a cabo operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação, e caso se entenda que estas condutas consubstanciam crimes de resultado, nas hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b”, o advogado poderá ser reputado autor ou cúmplice de branqueamento de capitais, desde que sua conduta tenha criado um risco não permitido e que esse risco veio a concretizar-se no resultado típico.

Vitalino Canas¹⁸¹⁵, entretanto, se posiciona em sentido contrário, pois sustenta a posição de que o branqueamento é um crime de mera atividade e não de resultado. E ainda a propósito da criação de riscos, Gómez-Trelles¹⁸¹⁶ adverte que se o advogado se limitar ao auxílio e à facilitação das operações de conversão ou transferência nos casos referidos nas alíneas “a” e “b”, os critérios do risco permitido e do princípio da confiança apenas poderão funcionar ao nível do tipo subjetivo, pois estas condutas consubstanciam crimes de mera atividade. De fato, o desconhecimento do advogado acerca da origem ilícita dos ativos poderá caracterizar erro de tipo, nos moldes do art. 16º, nº 1, do CP luso.

Catarina Abegão Alves¹⁸¹⁷ considera igualmente inquietante o art. 3º, nº 1, “c”, da Diretiva nº 2018/1673/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, eis que por força de tal dispositivo devem ser considerados branqueamento de capitais as condutas dolosas de aquisição, posse ou utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua recepção, de

1813 CAMPOS, Ana Rita Duarte de. O segredo profissional do advogado e a nova Lei do Branqueamento. In: Boletim da Ordem dos Advogados. n. 4, 2017. p. 1-7. Disponível em: <http://boletim.oa.pt/oa-04/capa>. Acesso em: 24.04.2023.

1814 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário ao artigo 368º-A do Código Penal. In: Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 1149-1157.

1815 CANAS, Vitalino. Ob. cit., p. 148.

1816 GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Blanqueo de capitales y abogacía: Un necesario análisis desde la teoría de la imputación objetiva*. In: *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*. n. 1, 2008. p. 23.

1817 ALVES, Catarina Abegão. Ob. cit., p. 75.

que provêm de uma atividade criminosa. Isto poderá abranger a eventual responsabilidade criminal dos advogados que recebem honorários “maculados” por branqueamento de capitais, e isso poderá colidir com o direito do arguido a escolher um defensor, consagrado no artigo 32º, nº 3, da CRP/76. A jurista portuguesa relembra ainda que o Supremo Tribunal Federal alemão considerou que não se pode excluir o defensor, nem os honorários por este auferidos, do conteúdo do texto legal do §261, nº 2 do CP alemão, enquanto objetos do tipo de ilícito de branqueamento de capitais.

No mesmo sentido é a crítica formulada pelo *Council of the Bars and Law Societies of the European Union*, segundo o qual “o objetivo da criminalização da lavagem de dinheiro não é privar o suspeito de seu direito à assistência jurídica. Portanto, é socialmente adequado que o suspeito contrate e pague um advogado de defesa. É imperativo que tal advogado de defesa não seja processado por branqueamento de capitais se adquirir bens do suspeito por uma contrapartida adequada, ou seja, pelos seus serviços prestados no interesse da justiça e do estado de direito”¹⁸¹⁸.

Nuno Brandão objeta ainda que ambas as exceções acima aludidas não têm muito sentido, porque se o consultor jurídico intervém numa operação de branqueamento de capitais, ou presta aconselhamento para esse fim, então é autor ou cúmplice do crime de branqueamento de capitais, e nessa hipótese dele será inexigível um dever de informação às autoridades, o qual representaria autêntica autodelação suscetível de atentar contra o privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)¹⁸¹⁹.

Silva Sánchez¹⁸²⁰, por seu turno, relembra que em decisão prolatada em 28 de novembro de 2001, a Suprema Corte da Espanha, sob a relatoria Martín Pallín, também adotou tais exceções, a exemplo do que se verificou alguns anos depois em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 26 de junho de 2007¹⁸²¹. Pontuou Silva Sanchez

1818 UNIÃO EUROPEIA. *Council of the Bars and Law Societies of the European Union. CCBE Comments on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on countering money laundering by criminal law COM (2016) 826 final 2016/0414 (COD)*. Disponível em: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Position_papers/EN_CRM_20170331_CCBE-Comments-on-Commission-Proposal-on-countering-money-laundering-by-criminal-law.pdf. Acesso em: 24.04.2023.

1819 BRANDÃO, Nuno. Ob. cit., p. 97.

1820 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Buenos Aires: B de f, 2009. p. 181-184.

1821 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de junio de 2007. Directiva 91/308/CEE. Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Obligación impuesta a los abogados de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales. Derecho a un proceso justo. Secreto profesional e independencia de los abogados*. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=F56D7CC1FA3AE1258E72EB2AE68DDD0C?docid=61675&text=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=4768170. Acesso em: 24.04.2023.

que “o sigilo profissional que protege as relações dos advogados com seus clientes, pode, em circunstâncias excepcionais, ser interferido por decisões judiciais (...) É evidente que a medida é de inquestionável gravidade e deve ser criteriosamente apreciada pelo órgão judiciário que a homologar, devendo limitar-se aos casos em que haja registro suficientemente comprovado de que o advogado conseguiu ultrapassar as suas obrigações e responsabilidades profissionais ao ingressar na atividade criminosa, como um dos seus elementos componentes”.

Ainda quanto à ponderação entre o segredo profissional e os deveres de prevenção ao branqueamento, merece destaque o teor do art. 56º da Lei nº 83/2017, o qual estabeleceu que as “entidades obrigadas” devem disponibilizar todas as informações, todos os documentos e os demais elementos necessários ao integral cumprimento dos deveres de comunicação, de abstenção e de colaboração, ainda que sujeitos a qualquer dever de segredo, imposto por via legislativa, regulamentar ou contratual (nº 1). Visando conferir segurança a todas as entidades vinculadas ao sigilo profissional (inclusive os advogados), o mesmo dispositivo legal pontuou que as informações prestadas de boa-fé no cumprimento dos deveres enunciados nos artigos 16º, 17º e 18º não importarão em descumprimento de qualquer dever de segredo imposto por via legislativa, regulamentar ou contratual, tampouco atrairão ao profissional ou entidade obrigada responsabilidade de qualquer tipo (nº 2). Por outro lado, restou positivado que a disponibilização de informações, de documentos e de outros elementos não constituirá de *per se*, motivo ensejador de procedimento disciplinar, civil ou criminal pela “entidade obrigada” contra quem os faculte, exceto se a disponibilização tiver sido deliberada e manifestamente infundada (nº 4).

Diante desse cenário legislativo em Portugal, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁸²² assinala que o exercício, pelo advogado, do dever de comunicação não atrairá a incidência do art. 195º do CP luso, eis que somente será suscetível de preencher este tipo penal a conduta que revele o segredo a um terceiro que não se encontre legitimado para o conhecer (*outsider*), quando o terceiro não faça parte do círculo de pessoas que conhecem o segredo ou têm legitimidade para o conhecer, e, por fim, quando o terceiro compreenda o segredo. Acrescenta ainda o jurista português que, mesmo que se admitisse como hipoteticamente preenchido o tipo objetivo de violação de segredo, poderia mesmo considerar-se que o cumprimento dos

1822ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário ao artigo 195º do Código Penal. In: Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 770-771.

deveres de prevenção, notadamente o de informação, corresponderia a uma causa de justificação da conduta de violação de segredo, que residiria numa autorização legal¹⁸²³.

Finalmente, também merece destaque o conteúdo do art. 80º da Lei nº 83/2017, que cristaliza uma causa excludente de ilicitude em prol do advogado, ao dispor que “a tentativa, pelas pessoas referidas nas alíneas “e” e “f” do nº 1 do artigo 4º, de dissuadir um cliente de realizar um ato ou uma atividade ilegal não configura divulgação de informação proibida nos termos do nº 1 do artigo 54º”. De fato, também nesse dispositivo se mostra perceptível o esforço do legislador português em compatibilizar os dois interesses em colisão, pois, a um só tempo, reforça o dever de lealdade que o advogado deve ter em relação à Justiça, mas também o incentiva e desencoraja o cliente de cometer uma conduta ilegal, conferindo uma espécie de blindagem prévia contra eventual interpretação desfavorável que possa ser atribuída à sua iniciativa preventivista. André Lamas Leite adverte¹⁸²⁴, contudo, que tal dispositivo não autoriza que o advogado transmita ao cliente dados quanto à existência de inquéritos criminais, nem mesmo outras informações que possam colocar em perigo a aquisição e conservação de elementos probatórios.

É forçoso reconhecer que, a exemplo do que se verifica em Portugal e na França, também no Brasil são abundantes as críticas da corporação advocatícia contra a sujeição dos advogados aos deveres de prevenção contra o branqueamento de capitais de origem espúria. Com efeito, inobstante a clareza do art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, subsiste uma polêmica jurídica quanto ao dever legal de comunicação de atividades suspeitas, por parte dos advogados. De fato, sob possível influência da teoria do direito penal do inimigo¹⁸²⁵, alguns defendem inclusive que um acusado do crime de branqueamento de capitais não teria sequer o direito de constituir um advogado particular, e que deveria ter seus interesses patrocinados por um defensor público indicado pelo Estado, mas tal ideia efetivamente colide com o art. 5º, inciso LV, da CF/88, que assegura aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, como todos os recursos que lhe são inerentes¹⁸²⁶. Além disso, dispõe o art. 133 da

1823 ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário ao artigo 195º do Código Penal. Ob. cit., p. 772.

1824 LEITE, André Lamas. Os Advogados-detergentes. In: *Boletim da Ordem dos Advogados*. n. 4, 2017. p. 3. Disponível em: file:///C:/Users/2823/Downloads/branqueamento_por_advogados.pdf. Acesso em: 24.04.2023.

1825 JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Organização e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2008.

1826 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 24.04.2023.

mesma Carta Magna que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

É indubitosa a imprescindibilidade do ofício advocatício à administração da justiça, pois sem ele não existirá o devido processo legal. Contudo, a mesma lei que traceja os limites do processo, do direito ao contraditório e do direito à ampla defesa, dentre tanto outros que inspiram o garantismo penal, impõe que o exercício da profissão do causídico se dê nos limites da lei.

Conclusivamente, tem-se por indubitosa a imprescindibilidade do advogado para a administração da justiça, seja em Portugal (CRP/76, art. 32º), seja no Brasil (CF/88, art. 133), contudo, o mesmo princípio da proporcionalidade que goza de estatuto constitucional explícito em Portugal (CRP/76, art. 18º, nº 2), se cristaliza de forma implícita na carta constitucional brasileira, quando esta sinaliza que a atuação do advogado deve se operar nos limites da lei.

Ao que parece, ambos os dispositivos constitucionais ora referidos apontam o caminho hermenêutico que deve ser percorrido para esclarecer, com segurança jurídica, quais os limites legais a serem observados pelos advogados, pois é certo que receber um cliente em seu escritório, ouvir os seus relatos e prestar-lhe assessoria e consultoria jurídicas constituem formas de exercício legal da profissão, mas não se pode olvidar que o aconselhamento do advogado para que o cliente possa realizar ou ultimar com segurança atos de branqueamento de capitais ultrapassa esses limites. Aliás, sustentar o contrário implicaria em reconhecer aos advogados uma espécie de imunidade que os autorizaria a agir como cúmplices.

a) A resistência ao dever de comunicação em nome do dever de sigilo

É certo que a relação do advogado com o cliente é de confiança, como deve ser de confiança a relação do mandante e do mandatário, ou a relação do médico e do paciente, dentre tantas outras. Contudo, tal argumento não se afigura idôneo para afastar sumariamente a incidência o dever legal de comunicação previsto no art. 9º, inciso XIV da Lei nº 9.613/98, especialmente porque o art. 133 da CF/88 conferiu ao advogado inviolabilidade, nos termos da lei. Aliás, nem mesmo os mais corporativos segmentos da doutrina têm a ousadia de defender que o advogado possa participar dolosamente dos atos destinados ao branqueamento de capitais, pois, nesse caso, seria completamente descabido sustentar a ocorrência de exercício regular da profissão. Muito ao contrário, estar-se-ia falando de coautoria ou participação em conduta penalmente típica.

Argumenta-se que, estando no exercício legal da profissão, o advogado não teria a obrigação de delatar os atos de seu cliente, pois isso seria uma traição. Por isso mesmo, resta forçoso definir quais os limites do exercício legal da profissão, bem como identificar com precisão qual o termo inicial do dever ético de fidelidade do advogado para com o cliente. Obviamente que se está a considerar o advogado enquanto profissional liberal, que exerce seu ofício em troca de honorários, e precisamente em função de tais honorários é que têm sido travadas acaloradas discussões. Nesse sentido, Kay Ambos enfatiza não ser adequado limitar o direito à percepção de honorários por parte do advogado, numa tentativa de isolamento econômico do capital sujo¹⁸²⁷, e assinala que na Bélgica o recebimento de honorários é excluído do tipo penal da lavagem de dinheiro¹⁸²⁸. Aduz igualmente que a doutrina alemã fundamenta a exclusão do recebimento dos honorários no princípio da presunção de inocência, mas tangencia a circunstância de que, com alguma frequência, os advogados presenciam confissões de culpa de futuros clientes, e nem por isso se recusam em patrocinar suas defesas, e isso se verifica com especial frequência no âmbito do processo penal estadunidense, onde a *plea bargain* alcança 97,1% das demandas criminais.

b) Sigilo por lealdade aos clientes ou aos honorários?

De tudo o quanto se ponderou até este momento, resta-nos enfrentar uma aparente colidência de obrigações legais, tendo de um lado o dever de sigilo de que trata no art. 34, inciso VII da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), e de outro o dever de comunicação imposto a todos os que exercem atividades sensíveis ao branqueamento de capitais, assinalado no art. 9º, XIV da Lei nº 9.613/98. Revigore-se que idêntica colisão se observa no plano do ordenamento português, onde tanto o sigilo profissional quanto os deveres de prevenção ao branqueamento são objeto de estipulação legal.

Logo após a edição da Lei nº 12.683/2012 a OAB demonstrou severa resistência ao dever de colaboração do estatuto antibranqueamento brasileiro, e para tanto foi invocado precisamente o dever de sigilo profissional, o qual teria assento inclusive no *Pacto San José da Costa Rica*, nomeadamente no capítulo destinado às garantias judiciais. Contudo, mesmo dentre os membros da corporação advocatícia do Brasil houve divergências, tanto assim que o advogado Aluísio Flávio Veloso Grande chegou a celebrar termo de colaboração premiada com o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado para delatar um de seus

1827 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 63.

1828 AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 84.

clientes, e por força daquela avença o causídico se comprometeu a ajudar na identificação do *modus operandi* da organização criminosa, de seus integrantes e dos crimes por ela praticados, razão por que gravou alguns de seus clientes para confirmar a tese da existência de uma ORCRIM, além do que ajudou o Ministério Público a desvendar o complexo funcionamento do esquema de fraude contra credores e de lavagem de capitais levados a efeito. E tão logo foi homologado aquele acordo penal, foram decretadas as prisões preventivas dos advogados Ricardo Miranda Bonifácio e Souza, Alex José Silva e Rodolfo Macedo Montenegro¹⁸²⁹.

Sucede que a reação corporativa veio logo em seguida, e cerca de três meses depois o advogado Aluísio Grande suportou pena de suspensão do exercício profissional por 90 (noventa) dias, a qual lhe foi imposta pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de Goiás. Segundo o referido órgão corporativo, além de quebrar o sigilo profissional, o advogado teria contribuído diretamente para a prática de atos criminosos, os quais vinham sendo investigados na operação “máfia das falências”¹⁸³⁰. Adiante, e decorridos apenas seis meses da punição imposta pela OAB a um de seus quadros, a mesma instituição recrudesceu sua postura em defesa do sigilo profissional e aprovou, em 15 de junho de 2020, súmula segundo a qual “é crime contra as prerrogativas da advocacia a violação ao sigilo telefônico, telemático, eletrônico e de dados do advogado, mesmo que seu cliente seja alvo de interceptação de comunicações”.

Tal proposta de súmula havia sido apresentada ainda em novembro de 2019, a partir de uma reportagem do jornal “Folha de São Paulo”, a qual noticiava que supostos diálogos obtidos e vazados pelo site *The Intercept Brasil* acusavam alguns investigadores da “Operação Lava-jato” de terem utilizado grampos telefônicos para antecipar as estratégias da defesa de certo agente político de relevo que figurava no rol de acusados. Ainda segundo a matéria, teria havido a interceptação telefônica de uma linha de certo escritório advocatício por quase quatorze horas, e que teria durado vinte e três dias, entre fevereiro e março de 2016, resultando na captação de 462 (quatrocentos e sessenta e duas) ligações telefônicas. Argumentaram os conselheiros da OAB que a captação dos diálogos apontava para indícios de graves violações aos direitos e às prerrogativas da advocacia, além de atingir o devido

1829 NOGUEIRA, Davi. Advogado delata clientes e colegas de profissão para o Ministério Público. In: Diário do Centro do Mundo, set. 2019. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/advogado-delata-clientes-e-colegas-de-profissao-para-o-ministerio-publico/>. Acesso em: 25.04.2023.

1830 OLIVEIRA, Ezye Rodrigues de. Advogado é suspenso pela OAB-GO por delatar cliente em operação do MP. In: Juristas, dez. 2019. Disponível em: <https://juristas.com.br/2019/12/13/advogado-e-suspenso-pela-oab-go-por-delatar-cliente-em-operacao-do-mp/>. Acesso em: 25.04.2023.

processo legal e a boa-fé processual. Além disso, os conselheiros da OAB também sugeriram que fosse encaminhado ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), um pedido de edição de norma para declarar imune, inclusive aos membros do MP, a interceptação, escuta ou gravação das conversas entre cliente e advogado relacionadas ao exercício da advocacia¹⁸³¹.

Contudo, ainda em dezembro de 2020 a OAB começou a demonstrar uma percepção um tanto distinta sobre o sigilo profissional e a instrumentalização dos “advogados de operações” por organizações criminosas, para fins de branqueamento de capitais. Nesse sentido, em 14 de dezembro de 2020 foi apresentada ao Conselho Federal da OAB uma proposta de provimento para que fosse disciplinada a comunicação de operações suspeitas ao COAF¹⁸³², por parte de advogados que exercessem atividade não privativa da profissão. Segundo o autor da proposta o objetivo seria o de impor mecanismos de autorregulação para impedir a lavagem de dinheiro. Ponderou ele que, embora à primeira vista a medida pudesse ser interpretada como afrontosa ao dever de sigilo do advogado para com seu cliente, o objetivo seria justamente o oposto, seja porque o dever de comunicação só valeria para casos em que o advogado atuasse como contador ou consultor, seja porque a Comissão Nacional de Direito Tributário da OAB teria informado que a Receita Federal estava fazendo uma série de cobranças aos advogados, relativamente aos honorários recebidos por consultorias jurídicas. Assim, a proposta de provimento foi concebida para explicitar em quais funções deveria prevalecer o dever de informação ao COAF, por parte dos advogados¹⁸³³.

Em verdade, o aparente refluir institucional da OAB revela quão prudentes e sólidas foram as reflexões de Bruno Torrano¹⁸³⁴, que remontam ao início de 2018. Ponderou o criminalista paranaense que “a tradição anglo-americana dá o nome de *Attorney-Client Privilege* à blindagem das informações compartilhadas entre advogado e cliente contra indevidas intromissões externas. Tal garantia de sigilo funda-se na relação de confiança e lealdade pressuposta pela própria natureza do exercício profissional e direciona-se tanto à tutela dos

1831 CONSULTOR JURÍDICO, 15 de junho de 2020. OAB criminaliza violação de sigilo do advogado mesmo com cliente alvo. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-jun-15/oab-aprova-sumula-criminaliza-violacao-sigilo-advogado. Acesso em: 25.04.2023.

1832 BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Proposta de provimento para instituir medidas de prevenção à lavagem de dinheiro para advogados e sociedades de advogados, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-oab-preve-advogados-comuniquem.pdf>. Acesso em: 25.04.2023.

1833 ÂNGELO, Tiago. Para OAB, advogado, em outra função, deve informar atividade suspeita de cliente. In: Consulto Jurídico, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/proposta-preve-advogado-comuniquem-operacoes-suspeitas-clientes#:~:text=Ela%20tamb%C3%A9m%20ressalta%20que%20a,9%C2%BA%2C%20XIV%2C%20da%20no rma>. Acesso em: 25.04.2023.

1834 ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. O advogado delator: limites isonômicos do “dever de reportar” previsto na lei de lavagem de dinheiro. In: Revista CEJ. Brasília. Ano XXII. n. 74, jan./abr. 2018. p. 74-75. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2369>. Acesso em: 25.04.2023.

interesses do causídico, que, para bem exercer seu ofício, deve inebriar-se com a tranquila convicção de que pode dispor das informações do jeito mais adequado, inclusive revelando-as a terceiros apenas na medida em que seja interessante do ponto de vista estratégico, quanto aos interesses do cliente que, não raro, se vê diante da difícil situação de ter de abrir mão de seus mais íntimos segredos (ou de sua empresa) com o objetivo de defender-se ou de aconselhar-se para a realização de lícitas práticas futuras”. Admitiu, entretanto, que “por não ser direito absoluto, o sigilo profissional está sujeito à relação de cedência recíproca, representada pela viabilidade de parcial sacrifício quando balanceado com normas de igual hierarquia jurídica”. Advertiu mais que “no plano internacional, não parece haver dúvida de que a política de combate ao crime de lavagem de capitais, como manifestação legítima do dever estatal de proteção suficiente, justifica o abrandamento do sigilo profissional em determinadas circunstâncias, inclusive quando se trata de prestação de serviços advocatícios”. Tal entendimento é compartilhado por Heloisa Estellita¹⁸³⁵, para quem as Recomendações nºs 22 e 23 do FATF/GAFI, que ainda em 2003 incluíram os “*legal professionals*” no rol de profissionais sujeitos às cautelas preventivas da lavagem de dinheiro, tiveram notório impacto na elaboração da Lei nº 12.683/2012.

Resistência similar aos deveres de prevenção ao branqueamento já se verificou entre os advogados portugueses e franceses. Ainda em setembro de 2017, logo após a edição da Lei nº 83/2017, a Ordem dos Advogados, por meio do Conselho Regional de Lisboa (CRL), deliberou de forma unânime que os advogados não deveriam se submeter ao recém-editado diploma legal de combate ao branqueamento de capitais, isto sob o argumento de que a referida lei seria incompatível com o exercício da profissão, por violação ao dever de segredo profissional. Na ocasião, asseverou o então presidente do CRL que os advogados estavam sendo obrigados a delatar os próprios clientes a partir de suspeitas de branqueamento de capitais, e que por meio de tal norma o Estado português confundia claramente o papel dos vários intervenientes na justiça, na medida em que buscava converter advogados em colaboradores compulsórios dos órgãos de investigação criminal¹⁸³⁶.

Na França, por seu turno, após a transposição para o ordenamento interno, do conteúdo da Diretiva nº 2001/97/CE e da Diretiva nº 2005/60/CE, ainda em 2007, o Conselho Nacional dos Advogados da França adotou um regulamento interno prevendo

1835 ESTELLITA, Heloisa. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia. In: Consultor Jurídico, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>. Acesso em: 25.04.2023.

1836 SIMÕES, Lígia. Advogados contra nova lei de branqueamento de capitais. In: Jornal Económico, set. 2017. Disponível em: <https://jornaleconomico.pt/noticias/advogados-contra-nova-lei-de-branqueamento-de-capitais-212650>. Acesso em: 15.04.2023.

sanções, dentre as quais a demissão do advogado que não reportasse operações suspeitas de branqueamento. Sucede que *Monsieur Michaud*¹⁸³⁷ não se conformou com isso, e solicitou ao Conselho de Estado a revogação do provimento, mas foi desatendido em seu pleito, razão por que o caso foi levado ao TEDH, e em 06 de dezembro de 2012 a Corte internacional validou regulamentação da Ordem dos Advogados da França que obrigava os advogados a delatarem seus clientes, caso suspeitassem que estes estivessem envolvidos em esquemas de lavagem de dinheiro, e desde que o auxílio se limitasse a operações financeiras praticadas fora dos tribunais. Na ocasião, proclamou o TEDH que, apesar da relação entre cliente e advogado ser protegida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, o direito ao sigilo profissional ali proclamado poderia ser relativizado em casos devidamente justificados.

Nesse cenário, e após confrontar as posturas adotadas pelas entidades de classe dos advogados brasileiros, portugueses e franceses, resta forçoso admitir que esta última adotou a postura institucional mais republicana, buscando salvaguardar o interesse público e a segurança coletiva, ao passo que, lamentavelmente, a congênere brasileira optou pelo caminho eminentemente corporativo, que nos impõe indagação tão severa quanto o “Enigma da Esfinge”: A intransigente defesa do sigilo profissional consiste em dever de lealdade aos interesses do cliente, ou de lealdade aos vultosos honorários profissionais que deles provêm? Talvez a resposta mais autêntica se possa extrair a partir da sinceridade cortante de certos advogados de facções criminosas que já proclamaram junto à mídia que pouco lhes importa a origem do dinheiro que recebem a título de honorários advocatícios¹⁸³⁸.

c) Pecúnia *non olet* ou melhor não saber a origem do dinheiro?

Considerando a evidente ampliação do rol de colaboradores obrigatórios da unidade de inteligência financeira dos Estados, por força da Lei nº 12.683/2012, e passando ao largo da insurgência corporativa de certos advogados, a doutrina aponta firmemente que, na maioria

1837 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Case Michaud v. France*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-115377%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-115377%22]}). Acesso em: 25.04.2023.

1838 A constrangedora assertiva partiu de Paloma Gurgel de Oliveira Cerqueira, advogada e investigada pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte por suposto envolvimento na fuga de um preso da Penitenciária Estadual de Parnamirim. O preso, chefe de facção criminosa, saiu da cadeia usando um mandado de soltura falso. Em razão disso, a advogada Paloma Gurgel foi acusada de facilitação de fuga, falsidade ideológica e material, tráfico de influência e organização criminosa, além de já ter sido indiciada em outro processo, sob acusação de entregar um celular para um detento em presídio do RN. (O Globo, 27.05.2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/nao-me-interessa-de-onde-cliente-esta-tirando-dinheiro-diz-advogada-de-pres-22722182>. Acesso em: 25.04.2023).

dos países, para a configuração do branqueamento de dinheiro se faz necessário o descumprimento doloso e injustificado dos deveres de colaboração antilavagem, e que uma eventual conduta omissiva só terá efeitos penais se atrair a incidência do art. 13, §2º, alínea “a” do CPB, vale dizer, só será penalmente relevante se o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, destacando-se que o dever de agir incumbe a quem tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Destarte, nos Estados em que se impõe aos advogados o dever legal de colaboração no combate ao crime de branqueamento, como Brasil e Portugal, havendo a consciente inobservância de algum dos deveres inerentes ao *compliance*, para viabilizar ou, de alguma forma, facilitar a ocultação de patrimônio de origem ilícita, deve o agente ser penalmente responsabilizado pelo crime de branqueamento de capitais.

Precisamente por isso, têm sido cada vez mais recorrente que entidades dos setores não-financeiros sensíveis tenham se valido da *willful blindness* como estratégia para se afastarem do incômodo conhecimento sobre a origem criminosa das cifras que lhes são postas a gerir, através de operações que lhes sejam confiadas, e de onde também são extraídos seus honorários maculados, tudo na firme convicção de que sem conhecimento seguro, restará afastado o elemento cognitivo do dolo, e sem dolo suas condutas restarão impunes, devidamente blindadas pelo “manto sacrossanto” do sigilo profissional.

5.3.6 O Brasil, seus advogados e a prevenção ao branqueamento, de *lege ferenda*.

Ainda que o art. 8º, nº 2, alínea “d” do Pacto de San José da Costa Rica confira ao acusado o direito à defesa técnica, caso repare conveniente, tal norma internacional não impõe que este patrono seja um advogado particular, podendo ser igualmente um defensor público. Além disso, a possibilidade de eleição do advogado pelo arguido está condicionada à sua disponibilidade financeira para suportar os respectivos honorários, e desde que o faça com recursos de origem comprovadamente lícita, excetuando-se naturalmente a hipótese de atuação gratuita do patrono judicial escolhido. Caso contrário, para que se lhe assegure a defesa técnica, deve ser o investigado equiparado ao hipossuficiente, sendo-lhe nomeado defensor público ou advogado dativo para atuar em seu favor¹⁸³⁹.

Interpretar em sentido oposto resultaria, *mutatis mutandi*, em verdadeira institucionalização do direito de pagar e receber honorários maculados por dinheiro de origem espúria ou criminosa, e em tal cenário restariam comprometidos a independência e a liberdade

1839 SCHORSCER, Vivian C. A. Ob. cit., p. 442-443.

do exercício advocatício, eis que ao ser pago por dinheiro de origem delitiva, o advogado se tornaria dependente do crime organizado. Aliás, é sempre oportuno lembrar que a vedação do recebimento de recursos de origem ilícita recai sobre todos os profissionais, e não apenas sobre o advogado. E ao contrário do que se verifica nos EUA, em terras brasileiras inexistem qualquer previsão de bloqueio de honorários advocatícios.

No que se refere à possibilidade de responsabilização de advogados por lavagem de ativos, discussões relevantes já foram travadas no âmbito do Parlamento, onde chegaram a tramitar nada menos que oito projetos de lei destinados a combater e prevenir o branqueamento, contudo, forças ocultas internas ocasionaram o arquivamento de todos eles¹⁸⁴⁰.

Há quem defenda que previsões amplas de responsabilização são inconstitucionais, por restringirem inadequadamente a liberdade profissional do advogado e o direito de defesa dos réus, entretanto, o argumento não se mostra capaz de afastar a possibilidade de reconhecimento da prática de receptação, quando do recebimento de honorários contaminados. Nesse sentido, Hazard & Rodes sustentam que “como aspecto geral da ética profissional, um advogado não pode conscientemente receber os frutos de um crime em contrapartida a valiosos serviços, pois isso seria simplesmente uma forma de auxiliar e

¹⁸⁴⁰ Projeto de Lei da Câmara 6.413/2005, de autoria do Senador Antônio Carlos Magalhães: Acrescenta o art. 261-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e altera o § 2º do art. 5º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, para determinar que os acusados de envolvimento nos crimes que especifica sejam representados por defensor dativo. Arquivado em 18.06.2007; Projeto de Lei do Senado 117, de 2003, de autoria do Senador Magno Malta: Altera a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia, para identificar os honorários percebidos de indiciados em crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. Arquivado em 29.11.2010; Projeto de Lei da Câmara 577/2003, de autoria do Deputado Alberto Fraga: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007; Projeto de Lei nº 712/2003, de autoria do Deputado Bispo Waderval: Altera os arts. 34, 37 e 38 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que “Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”, para incluir nas hipóteses de infração disciplinar a percepção de importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007; Projeto de Lei 5562/2005, de autoria do Deputado Capitão Weyne: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007; Projeto de Lei da Câmara 138/2007, de autoria do Deputado Neucimar Fraga: Cria obrigações para advogado e tipifica a conduta de receptação qualificada. Altera a Lei nº 8.906, de 1994 e o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Arquivado em 21.01.2011; Projeto de Lei da Câmara 4341/2012, de autoria do Deputado Chico Alencar: Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Arquivado em 31.01.2019; Projeto de Lei da Câmara 5668/2016, de autoria do Deputado Alberto Fraga: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 31.01.2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

instigar crimes”¹⁸⁴¹. Aliás, essa reprovação moral pode também ser extraída do art. 2º, § único, III, VIII, alíneas “c” e “d”, e do art. 20, ambos do Código de Ética e Disciplina da OAB¹⁸⁴².

Reacendendo o debate, em 01 de julho de 2019 foi proposto na Câmara dos Deputados do Brasil o Projeto de Lei nº 3.787/19, de autoria da deputada federal Bia Kicis, tencionando alterar o CPB e o CPP, para equiparar o recebimento de honorários maculados ao crime de receptação qualificada, com pena proposta de um a quatro anos de prisão. O texto visa alterar igualmente a Lei nº 9.613/98, para que advogados e escritórios de advocacia sejam subordinados a mecanismos de controle. A proposta é que os profissionais prestem informações periódicas acerca de suas atividades ao COAF ou outro órgão regulador. Além disso, para fiança, o projeto estipula que é preciso comprovar a origem lícita do dinheiro, ativos e bens oferecidos em depósito, sob pena de indeferimento.

A justificativa da deputada é a de que advogados fazem parte de um “grupo muito suscetível de receber recursos financeiros oriundos de atividades ilícitas”¹⁸⁴³. Ademais, a reflexão contida no PL nº 3.787/2019 encontra amparo em precedente do STF brasileiro, que ainda em 28 de março de 1978 firmou o entendimento segundo o qual o advogado que, no exercício da profissão, aceita como pagamento de seus honorários, dinheiro que sabia ser produto do roubo, pode ser responsabilizado pelo crime de receptação, desde que demonstrado que conhecia a origem espúria do dinheiro¹⁸⁴⁴.

Malgrado a posição dos detratores da ideia de responsabilização criminal dos advogados que adotam postura conivente com o branqueamento de capitais, e se negam terminantemente

¹⁸⁴¹ SEPULVEDA, Antônio e LAZARI, Igor. Interessa de onde vem o dinheiro que paga o advogado? Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/13/interessa-de-onde-vem-dinheiro-que-paga-o-advogado/>. Acesso em 25.04.2023.

¹⁸⁴² BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB: Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) III - velar por sua reputação pessoal e profissional; VIII - abster-se de: (...) c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana. (...) Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao/oab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 25.04.2023.

¹⁸⁴³ Mais um projeto quer obrigar advogados a provar origem legal dos honorários. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-02/projeto-obrigar-advogados-provar-origem-legal-honorarios>. Acesso em 13.07.2019.

¹⁸⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 56143, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, 1ª Turma, julgado em 28.03.1978, DJ 30.06.1978. PP-04845 EMENT VOL-01101-01 PP-00444 RTJ VOL-00092-03 PP-01090.

a reportar ao COAF qualquer operação suspeita, mesmo dentro da corporação advocatícia há quem faça coro a mais uma iniciativa *de lege ferenda* para prevenir esse tipo penal. Nesse sentido, Milton Córdova adverte que não haverá efetivo combate à lavagem de dinheiro se advogados e escritórios de advocacia não forem incluídos na Lei nº 9.613/98. Aduz ainda ser imperativo repelir com firmeza a reiterada e conveniente postura de “faz de conta” que se desconhece a possível origem ilícita dos recursos que pagam honorários advocatícios de parte da advocacia brasileira (como, por exemplo, na defesa de traficantes, crimes do “colarinho branco” e muitos envolvidos na “lava-jato”), condizente com a “teoria da cegueira deliberada”, também conhecida como “teoria das instruções de avestruz” ou da “evitação da consciência”¹⁸⁴⁵.

5.4 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) Apesar do dever de sigilo profissional, em determinadas circunstâncias, os integrantes de certas categorias (tais como advogados e contadores) têm o dever legal de revelar informações que lhes chegaram ao conhecimento por força de uma relação profissional, mas caso mantidas em sigilo tenham potencial para gerar graves efeitos socioeconômicos, o que enseja justa causa para relativização do dever de sigilo, notadamente para impedir a instrumentalização de profissionais detentores de conhecimentos especiais, e que integrem setores sensíveis ao branqueamento de capitais.

02) Havendo determinação legal expressa para que profissionais que realizem consultoria jurídica ou financeira se submetam aos deveres de informação e colaboração fixados por estatutos antibranqueamento, sobre eles pesará o dever de garante, e por consequência as informações que venham a prestar acerca de operações suspeitas serão penalmente atípicas, eis que a violação de sigilo profissional terá ocorrido sob o amparo de circunstância excludente de ilicitude.

03) Por integrar categoria reputada essencial à administração da justiça, conforme disposições constitucionais de diversos Estados (v. g., CRP/76, art. 32º e CF/88, art. 133), o advogado precisa ostentar atuação profissional dentro dos limites da lei, e embora as atividades de assessoria e consultoria jurídicas constituam formas de exercício legal da

¹⁸⁴⁵ Disponível em: <https://www.deamazonia.com.br/?q=278-conteudo-96590-milton-cordova-honorarios-advocaticios-de-origem-ilicita-crime-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 24.04.2023.

profissão, será penalmente inadmissível que o aconselhamento jurídico ou a estruturação de operações jurídico-financeiras por parte advogado sejam instrumentalizados para favorecer o branqueamento de capitais.

04) As normativas internacionais transpostas para os ordenamentos internos de diversos Estados assinalam que: a) advogados de representação contenciosa não estão sujeitos aos deveres de prevenção ao branqueamento de capitais; b) advogados de operações não desempenham atividades advocatícias típicas, e estão sujeitos aos deveres de prevenção contra o branqueamento, especialmente o de comunicação de operações suspeitas; c) o descumprimento de tal dever legal pelos advogados de operações pode ocasionar responsabilização disciplinar, administrativa e até mesmo criminal, a depender das circunstâncias do caso concreto.

05) Inobstante o empenho de algumas corporações advocatícias europeias e americanas em busca de excluir os advogados do rol de obrigados ao dever de *compliance*, a convergência das normas internas influenciadas por diretivas internacionais começa a se pavimentar no sentido de que também os advogados se percebam coobrigados na prevenção ao branqueamento de capitais.

Capítulo VI

AÇÕES NEUTRAS E BRANQUEAMENTO

6.1 Ações neutras e suas implicações no recebimento de honorários profissionais

Um os mais severos obstáculos opostos à dogmática penal ao longo de décadas tem sido a delimitação dos contornos da cumplicidade, e tal dificuldade se intensifica quando o intérprete é chamado a examinar certas condutas que têm sido rotuladas pela doutrina como “ações neutras”, assim entendidos os comportamentos que possibilitam ou favorecem um delito, sob o prisma da causalidade, mas que, paralelamente, ocorrem em toda parte, eis que são condutas cotidianas e relações sociais, de modo que a definição de sua punibilidade resta situada numa zona cinzenta¹⁸⁴⁶. Com efeito, a doutrina enumera diversos casos limítrofes de intervenção no curso causal do delito, e por isso podem justificar a incidência do instituto da cumplicidade (ou participação material). Daí decorre, por vezes, grande dificuldade na identificação dos limites de imputação de responsabilidade penal num cenário de divisão de tarefas entre sujeitos, cujos comportamentos não se subsomem diretamente aos tipos penais positivados nos ordenamentos jurídicos estatais.

É certo que variados comportamentos podem favorecer a prática de condutas ilícitas, mas é necessário perquirir se isso as converte, necessariamente, em condutas (comissivas ou omissivas) de cumplicidade. Há uma diversidade de ações humanas praticadas rotineiramente, nos mais variados segmentos da sociedade, sob o manto da licitude, mas que podem eventualmente ser aproveitadas por alguém como circunstância facilitadora de um propósito delitivo, inclusive sem o conhecimento daquele que pratica a ação dita neutra. Para densificar a hipótese, imagine-se que um indivíduo qualquer, tomado pelo rancor, resolva assassinar seu ex-sócio, e deseje fazê-lo se utilizando de um instrumento perfurocortante. Durante a fase da cogitação o homicida em perspectiva planeja o dia, hora, local e *modus operandi* que adotará contra seu desafeto. Em seguida, sai em busca de um estabelecimento comercial onde possa comprar uma faca do tipo “peixeira”, que bem sirva a seu propósito. Localizado o

1846 “Las conductas neutrales, si bien se presentan empíricamente como una aportación causal a la realización del ilícito ejecutado por otro, desde un punto de vista normativo pueden ser irrelevantes”. YACOBUCCI, Guillermo. *Intervención en el delito y conducta neutral*. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (orgs.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 615.

estabelecimento, o cliente nele ingressa, é atendido por um vendedor qualquer, formula seu pedido, paga o valor do utensílio, recebe seu cupom fiscal e deixa o estabelecimento levando consigo o petrecho que lhe servirá como instrumento do crime previamente planejado. Nesse cenário fático hipotético, cabe indagar: a) o vendedor que despachou tal cliente pode ser responsabilizado penalmente como cúmplice do tal homicídio premeditado? b) quantas facas, cutelos, machados ou instrumentos similares são diariamente vendidos em lojas de ferragens, mercados e outros estabelecimentos similares? c) cada um dos milhões de vendedores que trabalham em tais estabelecimentos podem ser reputados cúmplices do crime alheio, ainda que sequer desconfiassem que o propósito criminoso já havia se instalado na psique de determinado cliente por si atendido? É intuitivo que tais questionamentos merecem resposta negativa. E se tangenciarmos a hipótese de um crime contra a vida, que toda a gente reconhece se tratar de uma conduta penalmente típica? Se o instrumento do crime não for uma faca, mas um parecer emitido por um consultor jurídico, a partir de uma relação contratual previamente ajustada?

Em verdade, tanto a conduta do vendedor da faca, quanto a conduta do consultor jurídico são hipóteses inseridas no rol das ações neutras, razão pela qual as circunstâncias fáticas que precederam a conduta do profissional precisam ser escrutinadas com absoluta cautela e parcimônia, para que se possa afirmar sua irrelevância penal, ainda que tenham sido inseridas no curso causal do crime perpetrado pelo terceiro, isto porque a automática responsabilização causal de qualquer comportamento potencialmente facilitador ou favorecedor de um crime significaria insuportável restrição à liberdade individual de ação, óbice inaceitável à persecução de interesses legítimos, e autêntica vedação ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos, que diariamente e anonimamente se relacionam das mais variadas formas. Com efeito, a eliminação completa dos mais variados riscos que nascem das relações sociais diárias representaria não apenas um grave engessamento de praticamente todas as formas de contato social, como ainda um atentado às liberdades individuais (dentre elas a liberdade profissional).

Destarte, ante a ausência de parâmetros dogmáticos objetivos e confiáveis para delimitar os contornos da cumplicidade penal, a tarefa de colmatar tais lacunas acaba sendo conferida à jurisprudência, mas isso tem conduzido a algumas interpretações controvertidas, ou mesmo colidentes entre si. Quanto ao ponto, é forçoso reconhecer que diversos julgados sobre participação delitiva buscam solucionar a dúvida a partir do elemento subjetivo do tipo, e não raro tangenciam um exame mais detido sobre o tipo penal objetivo, ou sobre a identificação do desvalor do comportamento do interveniente.

Ora, se a teoria das ações neutras já ocasiona significativas divergências no plano do direito penal de primeira velocidade, tais divergências se agravam sobremaneira no plano do direito penal econômico, onde se observa uma complexidade ainda maior nas relações interpessoais e negociais massificadas (próprias de uma sociedade contemporânea), marcadas pela verticalização, pela hierarquização, pela segmentação laborativa, e inseridas em extensa cadeia de fornecimento. Precisamente por isso, em trabalho intitulado “Além do comércio de chaves de fenda: assistência neutra em casos de vida real”, Hans Kudlich¹⁸⁴⁷ adverte que, não raro, os crimes do direito penal econômico, em sua fase de execução, contam com o aporte de prestadores de bens e serviços, em uma relação cotidiana e horizontal de troca. Eis o motivo basilar pelo que se mostra necessário investigar os requisitos dogmáticos para que ações aparentemente neutras sejam dotadas de sentido delitivo, e por consequência, sejam puníveis a título de cumplicidade. Por outro lado, ausente o sentido delitivo, a conduta ostentará a marca da neutralidade e, por isso mesmo, não deterá a necessária dignidade punitiva.

Aliás, especificamente quanto ao ponto em exame, Robles Planas¹⁸⁴⁸ argumenta que se o comportamento de um sujeito contribui para que o autor do crime cometa o crime, e ele conhece esta circunstância, então ele realiza um comportamento de participação, contudo, admite que tal entendimento extensivo de participação foi praticamente abandonado, pois supõe uma limitação à liberdade geral de ação, impossível de justificar do ponto de vista da atual configuração das relações sociais. Arremata ainda que a doutrina vigente sustenta que não constituem participação no crime certas condutas que impliquem risco de favorecimento de terceiro, isto porque, para o correto tratamento de tais casos, a doutrina absolutamente dominante se posiciona pela restrição da punibilidade ao nível da tipicidade, entretanto, alguns sustentam a restrição pelo tipo subjetivo, e outros pelo tipo objetivo. Destarte, para os defensores da primeira corrente, a distinção entre participação punível e atipicidade dependeria especialmente do grau de conhecimento que o sujeito cooperador dispõe sobre a futura prática do crime pelo favorecido, de modo que a intenção direta do cooperador sempre ensejaria uma participação punível, ao contrário de uma intenção meramente eventual. Tem-se, assim, uma versão modificada e restrita do clássico princípio da confiança, mas quanto a este, Robles Planas objeta que “o que está em jogo não é se o sujeito que sabe algo pode ou

1847 KUDLICH, Hans. *Jenseits des Schraubendreher-Handels-neutrale Beihilfe in Fällen des richtigen Lebens*. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 231-243.

1848 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las “conductas neutrales” en derecho penal: discusión sobre los límites de la complicidad punible*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 16. n. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2008. p. 190-228. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/RTDoc%2005-05-2023%2012_32%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/RTDoc%2005-05-2023%2012_32%20(PM).pdf). Acesso em: 05.05.2023.

não confiar, mas se o sujeito tem ou não o dever de levar em conta esse conhecimento. Ou seja, se fazia parte de seu círculo de atribuições (cargo de garantidor) adquirir e ativar conhecimentos”.

A segunda corrente, por seu turno, entende que para imputação de responsabilidade pela organização, pouco importa o que o sujeito efetivamente sabia, mas sim o que ele tinha dever de saber, por força da posição jurídica em que atuou. Bem por isso, o dever de respeitar os outros implica apenas usar os conhecimentos e habilidades necessários e suficientes de forma padronizada para manter uma situação livre de riscos, de modo que a mera circunstância de alguém dispor de recursos não confere a outrem título legal para usar tais recursos em seu benefício. Nessa ordem de ideias, todos deveriam fazer tudo o que estivesse a seu alcance para proteger os direitos legais, contudo, tal perspectiva foi abandonada por força da consolidação do instituto do estado de necessidade. Por outro lado, a distinção não pode se restringir apenas em saber se o conhecimento foi casualmente obtido ou não, pois em paralelo ao conhecimento expectável de uma pessoa cuidadosa, deve ser acrescido igualmente o conhecimento adquirido por acaso, devido à situação específica em que o sujeito atuava, eis que ambos compunham a bagagem cognitiva que deveria orientar a conduta do agente. Por exemplo, se um médico descobre casualmente que determinado paciente que está sob seus cuidados e precisa ser operado com urgência, tem alergia a determinado fármaco, mas omite tal informação porque deseja morrer, tal conhecimento casual não deve e nem pode ser ignorado de forma deliberada pelo médico. De igual forma, se um advogado descobre casualmente que foi contratado para estruturar os aspectos jurídicos de uma operação financeira ou imobiliária que será usada como instrumento de branqueamento, não terá o direito de tangenciar ou ignorar tal conhecimento e levar adiante a operação, apenas para fazer jus aos honorários ajustados. E se o fizer, efetivamente poderá ser reputado cúmplice.

Todavia, há certa resistência da doutrina a esta concepção. Bárbara Ferrari¹⁸⁴⁹ pondera que resta injustificável censurar o advogado por branqueamento de capitais quando a ele compete assegurar tais direitos fundamentais do arguido, notadamente porque atividades cotidianas consideradas como atos básicos de consumo não podem atrair sanções penais. Aduz mais que “ainda que se reconheça a existência de um esforço global em prol da prevenção e repressão ao branqueamento de capitais, o qual tem gerado aproximação e cooperação de diversos Estados, mediante a elaboração e incorporação de acordos internacionais, com consequente criminalização interna de atos de branqueamento de capitais,

1849 FERRARI, Bárbara Dorati. O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 82, out./dez. 2021. p. 42.

isto não pode justificar a criminalização de condutas socialmente neutras, sobretudo porque o direito penal é e deve ser a última *ratio*”.

Partilhando do mesmo entendimento, e tecendo críticas ao Projeto de Lei nº 442/2019¹⁸⁵⁰, que tramita atualmente no Congresso Nacional brasileiro, Marcelo Lemos¹⁸⁵¹ apregoa que dogmaticamente o PL nº 442/2019 seria inviável porque a prestação de serviços advocatícios, “dentro das regras do jogo” (assessoramento jurídico aliado ao pagamento como contraprestação) configura uma ação neutra, mesmo que o cliente venha a utilizar recursos de origem ilícita. Aduz ainda que diversas construções doutrinárias buscam atribuir responsabilização penal ao interveniente neutro, mas não ostentam fôlego suficiente para lidar com esse tipo de entrave dogmático, e caso se admita que a percepção de honorários advocatícios de origem ilícita ou duvidosa seja conduta penalmente típica, todos os procuradores de traficantes de drogas, de doleiros ou agentes corruptos seriam alvos de investigação criminal, especialmente se for tomada em consideração a jurisprudência que entende que a mera ocultação do ativo ilícito tipifica a lavagem de capitais.

Vale observar que também há vozes em sentido contrário, segundo as quais a eventual persistência do profissional jurídico em ignorar as evidências de que foi contratado para tomar parte numa operação suspeita de branqueamento terá contornos penalmente típicos. Com efeito, ao tecer considerações sobre a Lei nº 83/2017, que instituiu o atual regime de prevenção ao branqueamento de capitais em Portugal, André Lamas Leite¹⁸⁵² pondera que “a consulta jurídica, mesmo quanto aos factos criminosos em causa, acha-se fora das obrigações de comunicação, excepto se o profissional participar nas actividades ilícitas (muito claro, a este propósito, o considerando 9 da Directiva 2015/849 (...)). Já todas as demais actividades do advogado nestas matérias acham-se vinculada às comunicações a que alude o artigo 43º e nos nºs 2 e 3 do artigo 47º (...). Se um cliente nos procura para realizar operações suspeitas de branqueamento ou financiamento ao terrorismo, e se a mera consulta jurídica está excluída, parece que o único espaço de aplicação da recente Lei consiste na aceitação do empreendimento de tais operações, recorrendo aos conhecimentos de Direito Financeiro e Fiscal. Mas, dir-se-á, participante do delito e agente de infracções disciplinares previstas

1850 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 442/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>. Acesso em: 05.05.2023.

1851 LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. O aviltamento do livre exercício da advocacia em tempos de crise. In: Consultor Jurídico. São Paulo, set. 2019. p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-01/marcelo-lemos-aviltamento-advocacia-tempos-crise>. Acesso em: 05.05.2023.

1852 LEITE, André Lamas. Os “advogados-detergentes”. In: Boletim da Ordem dos Advogados. n. 4, 2017. p. 1.

nos artigos 88º, 90º, nº 2, als. a), c), d), e), g), 91.º, al. a), e 100.º, n.º 1, al. a), 1.ª parte, do EOA”.

Contudo, o jurista português não oculta sua crítica à opção da política criminal adotada pela União Europeia e transporta ao ordenamento interno lusitano, ao ponderar que “na prática, que os clientes – ao menos os mais informados, como geralmente são os autores destes tipos legais –, em face da posição deontologicamente correcta do advogado, nada ou quase nada lhe revelará, o que retira, em nosso juízo, uma grande dose de operacionalidade a esta imposição. E bem se compreende: o legislador não pode, sob pena de violar a Constituição e o Estatuto, transferir para os advogados funções acometidas ao MP ou aos OPC”¹⁸⁵³.

Aliás, em aparente adesão às críticas acima aludidas, Robles Planas¹⁸⁵⁴ preconiza que nos casos de prestação de serviços profissionais são praticadas condutas que não encerram, em si, especial risco de continuação criminal, e que não podem ser entendidas como condutas adaptadas ao fato criminoso que será praticado. Portanto, o profissional que se movimenta estritamente no âmbito da sua atividade laboral se comporta estruturalmente como um omissor, que simplesmente permite ou não impede que o agente leve adiante seu propósito criminoso, de modo que só é possível afirmar a ocorrência de infração a um dever específico quando a sua conduta deixa de circular no âmbito do estritamente profissional e passa a fazer parte integrante do comportamento criminoso alheio, através de uma adaptação específica ao mesmo.

Argumenta ainda o jurista espanhol que, em regra, os profissionais não são garantidores de impedir que seus clientes ou terceiros pratiquem condutas criminosas, eis que a prestação profissional se exaure na mera criação das condições, a partir das quais outrem pode acabar por cometer um crime, mas isso não seria suficiente para configurar participação punível do profissional, por mais útil que seja para o autor do delito. Portanto, o desempenho de tais atividades profissionais, objetivamente, não teria relevância ou especificidade necessária para cristalizar adesão ou cumplicidade à conduta antijurídica do cliente contratante. Curiosamente, Robles Planas entende que, em matéria de branqueamento de capitais, existem importantes obrigações tendentes à verificação da licitude da origem dos ativos, mas tais obrigações somente seriam dirigidas a diferentes operadores do setor econômico, tais como instituições de crédito e notários, dentre outros.

1853 LEITE, André Lamas. Ob. cit., p. 2.

1854 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos*. Ob. cit., p. 5.

Data maxima venia, a conclusão de Robles Planas quanto aos destinatários dos deveres de garante se nos afigura demasiado restritiva, especialmente porque não se pode olvidar que tanto as normativas internacionais, quanto os ordenamentos jurídicos de dezenas de Estados soberanos incluíram determinados profissionais no rol de obrigados aos deveres de prevenção ao branqueamento, precisamente por serem eles sensíveis à instrumentalização por parte das organizações criminosas que necessitam de profissionais detentores de conhecimentos especiais para lavar o dinheiro sujo, e assim manter intacto o proveito espúrio de suas atividades criminosas. Frise-se que em momento algum os diplomas normativos (nacionais ou internacionais) estabeleceram qualquer hierarquia entre as entidades financeiras e não-financeiras.

6.1.1 Considerações preliminares

O concurso eventual de agentes para fins de cometimento de um delito era designado “coautoria”, pela redação originária da parte geral do CPB de 1940, contudo, é oportuno relembrar que coautoria é uma das espécie do gênero “codelinquência”, que também compreende uma segunda espécie, chamada “participação em sentido estrito”. Diante disso, o legislador brasileiro buscou corrigir o equívoco no projeto de CPB de 1969, o qual contemplava a expressão “concurso de agentes”, mas esta foi reputada inadequada na reforma de 1984, sob o entendimento de que seria demasiado abrangente, e por isso restou positivada a expressão “concurso de pessoas”, na nova parte geral do CPB. Naturalmente que, por “concurso de pessoas” deve ser entendido apenas o concurso eventual de agentes, restando excluídas as situações de concurso necessário, tal como ocorre na rixa e na bigamia, por exemplo.

Nessa ordem de ideias, Cezar Bitencourt¹⁸⁵⁵ esclarece que o concurso de pessoas “é a consciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal”. Aduz mais que se discute se a conduta delituosa praticada em concurso constitui um ou vários crimes, e pelo menos três teorias se propõe a solucionar tal questão: a) teoria pluralista, b) teoria dualista, c) teoria monista. Consoante a primeira delas, a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular, razão por que existiriam tantos crimes quantos fossem os participantes do fato delituoso. A teoria dualista, por seu turno, admite a ocorrência de dois crimes, sendo um para os autores

1855 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: dos crimes contra a pessoa. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 547.

(que realizam a atividade principal) e outro para os partícipes (que desenvolvem uma atividade secundária, diversa do núcleo do tipo penal), e que se integram à empreitada criminosa colaborando na fase preparatória, ou mesmo na fase executória. Finalmente, a teoria monista aponta que a codeinquirência, em caso de concurso voluntário, deve ser valorada como um crime único, para o qual converge todo aquele que voluntariamente aderiu ao cometimento da mesma infração.

Danilo Lobato¹⁸⁵⁶ pondera que a reformulação da parte geral do CPB, em 1984, não alterou a adoção da teoria monista do concurso de agentes, tal como instituída ainda em 1940. Com efeito, dispõe o art. 29 do CPB que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, entretanto, “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (§1º), e “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§2º). O jurista fluminense adverte ainda que, inobstante a adoção da teoria monista pelo ordenamento penal brasileiro, isto não implica dizer que todos os atuantes sejam qualificados como autores de um mesmo e único crime, de modo que alguns poderão ser tidos como autores, e outros como meros partícipes. Aliás, esta também é a posição defendida por Luís Greco¹⁸⁵⁷, para quem a autoria e participação são institutos distintos no plano da doutrina brasileira, eis que a autoria é conduta autônoma, ao passo que a participação é conduta acessória e dependente da existência de um fato principal.

Saliente-se a existência de variações terminológicas quanto às formas de participação. Quanto a isso, entende Nelson Hungria¹⁸⁵⁸ que a participação pode ser dar por meio de “determinação, instigação ou auxílio”, enquanto Rogério Greco¹⁸⁵⁹ defende que as três espécies de participação são a “instigação, induzimento ou auxílio”. René Ariel Dotti¹⁸⁶⁰, por seu turno, fraciona a participação em “instigação, induzimento ou cumplicidade. Enquanto isso, para a corrente majoritária só existem duas formas de participação: a instigação e a cumplicidade¹⁸⁶¹, rotuladas por outros como instigação e determinação¹⁸⁶², ou ainda,

1856 LOBATO, José Danilo Tavares. Teoria geral da participação criminal e ações neutras. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

1857 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 5.

1858 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. v. 1. t. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 412.

1859 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 498.

1860 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356-357.

1861 BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral. t. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 272. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno, Lições de Direito Penal: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 260; BATISTA, Nilo. BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 157; BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.

participação material ou moral¹⁸⁶³. Contudo, adotando posição demasiado casuísta, Alberto Silva Franco¹⁸⁶⁴ apregoa existirem nove espécies distintas de participação.

É oportuno observar que o art. 122 do CPB alude a três espécies de participação: a) induzimento, b) instigação, c) auxílio, entretanto, tal tripartição clássica já não encontra acolhida na doutrina moderna, razão por que optamos por examinar as duas formas de participação ou cumplicidade que são percebidas como prevalentes: a) instigação, b) auxílio. A primeira espécie de cumplicidade é entendida como qualquer contribuição de caráter psíquico, especialmente o ato de provocação de um terceiro para que este realize uma conduta penalmente típica, ao passo que a segunda espécie deve ser compreendida como sendo a facilitação, material ou psíquica, para que o autor da conduta principal leve a efeito seu propósito criminoso. Frise-se que o traço distintivo primordial entre as duas espécies não reside no fato da primeira ser de natureza psíquica e a segunda, de natureza material. Na verdade, o instigador atua no elemento volitivo do agente da conduta principal, na medida em que o induz ao cometimento do fato penalmente típico. Destarte, a postura do instigador se revela autenticamente manipulatória, razão por que sua conduta se mostra muito mais grave do que aquela do cúmplice que apenas contribui para o crime através do fornecimento de meios materiais.

Por outro lado, dispondo sobre a autoria delitiva, assinala o art. 26º do CP lusitano que “é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”. Logo em seguida, tratando do instituto da cumplicidade, o art. 27º do mesmo diploma estatui que “é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso (nº 1), e “é aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada” (nº 2). E em complemento, com indisfarçável inspiração no princípio da proporcionalidade, o art. 29º aponta que “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes”.

Diante de tal cenário normativo, Jorge de Figueiredo Dias¹⁸⁶⁵ assinala diversas teorias voltadas a esclarecer as diferenças entre os conceitos de autoria e participação, a saber: a)

386; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 695.

1862 BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. 2. ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2002. p. 127.

1863 JESUS, Damásio Evangelista de. Da co-delinquência em face do novo código penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 62. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. Ob. cit., p. 239.

1864 FRANCO, Alberto Silva (et al). Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Ob. cit., p. 348.

teoria formal-objetiva, b) teoria material-objetiva assente na causalidade, c) teorias subjetivas, d) teoria do domínio do fato, mas pondera que, inobstante as diversas dúvidas emergentes da teoria do domínio do fato, reputada como doutrina geral da essência da autoria e do seu critério de delimitação perante a participação, é possível afirmar que uma concepção unitária de autoria e um conceito extensivo de autor não se encontram de acordo com o ordenamento penal português, tampouco devem ser aceites no plano da doutrina dos delitos dolosos. Adverte ainda que um conceito restritivo de autor “não pode apresentar-se como um conceito fixo e, muito menos, imediatamente apto à subsunção, antes tem de aceitar-se como aberto e multifacetado, consoante a espécie de autoria a que se aplica e a estrutura ilícita típica que está em causa”¹⁸⁶⁶.

Nessa ordem de ideias, cabe refletir sobre a eventual punibilidade de condutas que induzem um terceiro, ainda indeciso, ao cometimento do crime, ou que favorecem a execução de um delito para o qual o agente principal já estava plenamente decidido. Contudo, para além disso, cabe examinar se um comportamento corriqueiro e usual pode se mostrar igualmente apto a induzir outrem ao cometimento de um delito. Sob esse prisma será possível delimitar a fronteira entre as ações cotidianas que se mostram penalmente neutras, e as ações cotidianas que incidem sobre o campo da cumplicidade, e por isso mesmo merecem alguma punição.

6.1.2 A estrutura da cumplicidade

Feitas as considerações inaugurais e basilares sobre o concurso de agentes, é necessário dirigir maior atenção ao instituto da cumplicidade, assim entendido como o auxílio ou contribuição destinado a favorecer o cometimento de um crime por outrem. Para Luiz Régis Prado¹⁸⁶⁷, o auxílio, tal como consignado no art. 122 do CPB, consiste em “ajudar materialmente”. No mesmo sentido, Alberto Silva Franco¹⁸⁶⁸ leciona que a conduta de auxiliar consiste em prestar assistência material para facilitar a execução do ato criminoso, vale dizer, de colaborar conscientemente no sentido de favorecer a execução de um suicídio, mas adverte que se há cooperação direta no ato executivo do suicídio, o crime passa a ser o de homicídio. Pondera mais que o auxílio é eminentemente acessório, tal como a conduta daquele que

1865 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Ob. cit. p. 759-768.

1866 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Ob. cit., p. 769.

1867 PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Anotado e Legislação Complementar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 463.

1868 FRANCO, Alberto Silva (et al.). Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Ob. cit., p. 1640.

fornece a arma ou veneno a serem utilizados pelo potencial suicida. Damásio de Jesus¹⁸⁶⁹ também corrobora a ideia de que o auxílio é o comportamento meramente secundário, tal como o empréstimo do punhal, do revólver, ou a indicação de local próprio para o cometimento do suicídio, mas adverte que inexistente auxílio por omissão.

Quanto a este ponto específico, Guilherme Nucci¹⁸⁷⁰ leciona que se trata de questão controversa na doutrina e na jurisprudência, havendo uma corrente que rejeita o auxílio por omissão (Frederico Marques, Bento de Faria, Roberto Lyra, Euclides Custódio da Silveira, Paulo José da Costa, Damásio de Jesus, dentre outros), e outra que o admite (Nelson Hungria, Ari de Azevedo Franco, Júlio Fabbrini Mirabete, dentre outros). Acrescenta ainda que se filia à segunda corrente, e para tanto argumenta que “o fato de o verbo do tipo ser comissivo não significa, necessariamente, estar afastada a hipótese do crime comissivo por omissão. Ora, todas as hipóteses da omissão penalmente relevante (art. 13, §2º, CP) demonstram que há delitos comissivos (matar, subtrair, constranger, etc.) que possibilitam a punição por omissão, desde que haja o dever de impedir o resultado típico”.

Luís Greco¹⁸⁷¹, por seu turno, assevera que auxílio significa qualquer ação que “facilite, possibilite, intensifique ou assegure” o cometimento da ação principal. Este auxílio pode ser tanto material, como no caso 1¹⁸⁷², da entrega do machado pelo vizinho; como psíquico, se o vizinho se limitasse a aconselhar o autor a respeito de o que ele deveria fazer para matar sua esposa de maneira mais eficiente possível. Na primeira hipótese, estaremos diante da chamada cumplicidade física, ou material; na segunda, da cumplicidade chamada psíquica”.

O catedrático de Humboldt acrescenta ainda que o auxílio é destinado a favorecer que o terceiro pratique um delito, e isto é resultado da acessoriedade limitada da participação, eis que qualquer participação pressupõe a existência de uma ação principal que seja penalmente típica e antijurídica, consoante doutrina majoritária.

Pondera, entretanto, que diversamente do que se observa na doutrina alemã (segundo as concepções de Roxin, Jescheck e Weigend), a cumplicidade não pressupõe o dolo, seja do cúmplice, seja do agente principal. Aduz ainda que a exigência de dolo conjunto, do autor e do cúmplice, representa peculiaridade do direito positivo alemão, a qual costuma ser defendida por adeptos da teoria finalista (tais como Welzel e Stratenwerth), mas é severamente crítica por vários setores da doutrina.

1869 JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 425.

1870 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ob. cit. p. 562.

1871 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 7-8.

1872 “Caso 1. A quer matar sua esposa. Ele vai ao amigo B, conta-lhe seus planos, e pede a este que empreste o machado. O amigo aquiesce. Na mesma noite A parte o crânio da esposa com uma machadada. Punibilidade de B?” (GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: Ob. cit. p. 1).

Relativamente à exigência do dolo, Ricardo Cardoso¹⁸⁷³ destaca que “a cumplicidade é descrita pela legislação alemã no § 27, I, (do StGB)¹⁸⁷⁴ como uma prestação dolosa de ajuda a um fato tipicamente antijurídico e doloso, cuja conceituação central é a prestação de ajuda”. Argumenta o jurista soteropolitano que no ordenamento brasileiro inexistia dispositivo específico para definir a cumplicidade, a qual se encontra alicerçada apenas nos arts. 31¹⁸⁷⁵ e 122¹⁸⁷⁶, ambos do CPB.

Em complemento, Luís Greco¹⁸⁷⁷ aduz que a configuração da cumplicidade não pressupõe a presença de dolo, quer do autor principal, quer do cúmplice. Contudo, acrescenta que sob o prisma do entendimento da doutrina majoritária, caso reste ausente o dolo na conduta do sujeito principal, o cúmplice será reputado autor mediato, caso sua conduta se revele dolosa; ou autor imediato, caso adote um comportamento culposos (negligente).

Noutro giro, Juarez Cirino dos Santos adverte que se o auxílio for prestado sem dolo, o sujeito que auxilia será punível como autor colateral, e não apenas como cúmplice¹⁸⁷⁸. Todavia, evidenciando sua divergência quanto ao elemento subjetivo do tipo, Ricardo Cardoso argumenta que a cumplicidade pode ser realizada, seja por meio de auxílio material, seja através de auxílio psicológico, tal como na prestação de uma consultoria com o aconselhamento para a criação de empresa em nome de terceiros para facilitar a sonegação de impostos ou fraudar contratos e movimentação de dinheiro ilícito para ser ocultado, mas arremata seu pensamento aduzindo que “a cumplicidade, seja ela material ou psíquica, é uma

1873 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Lavagem de dinheiro, concurso de pessoas e ações neutras: a construção da lavagem de capitais e a responsabilidade penal pelo exercício profissional cotidiano. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 104-105.

1874 ALEMANHA. StGB. § 27. (1) Qualquer pessoa que intencionalmente ajudou outra pessoa em seu ato ilícito intencionalmente cometido deve ser punida como cúmplice. (2) A punição para o assistente depende da ameaça de punição para o agressor. Deve ser mitigado de acordo com o § 49 (1).

1875 BRASIL. Código Penal. Art. 31: O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

1876 BRASIL. Código Penal. Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. § 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 3º A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. § 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. § 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. § 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. § 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código.

1877 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 8-9.

1878 SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Ob. cit., p. 293.

colaboração dolosa dirigida a um terceiro que domina o fato, que terá no auxílio os instrumentos ou as instruções fornecidas pelo partícipe como um aporte que colabora em sua ação criminosa”¹⁸⁷⁹.

Cotejando as duas posições, sobre a presença ou ausência do dolo na conduta do cúmplice, como requisito de sua eventual punibilidade, Luís Greco¹⁸⁸⁰ evidencia sua posição pela desnecessidade de comportamento doloso, e reconhece que tal divergência de opiniões adquire certa relevância prática, ainda que, em casos raros, tais como na hipótese de um médico ser enganado por terceiro, sobre o paciente ter consentido na revelação de um segredo profissional. Admite que em tal situação o terceiro terá que ser deixado impune. Assinala que, em semelhança às disposições do § 27, I do StGB, o art. 29, *caput* do CPB estatui que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, mas o § 1º do aludido dispositivo prevê a possibilidade de diminuição da pena em caso de “participação de menor importância”. Demais disso, argumenta que, inobstante a opção histórica do legislador penal brasileiro pela teoria monista, a doutrina brasileira mais recente¹⁸⁸¹ tem se posicionado em prol de um conceito restritivo de autor, de molde a distinguir os institutos da autoria e da participação.

De fato, é necessário reconhecer que, mesmo de forma implícita, o art. 31 do CPB confere tratamento distinto a autores e partícipes, ao sinalizar que o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não serão puníveis, se o crime não chegar a ser tentado. Ora, tal distinção de tratamento só faz sentido se existirem autores e partícipes, e planos distintos de culpabilidade. Por igual, ao tipificar o crime de induzimento ao suicídio, o art. 122 do CPB também sugere tratamentos diferenciados entre autores e partícipes, pois do contrário, qualquer participação no suicídio de alguém já se converteria necessariamente em autoria de um crime de homicídio. Para além disso, a prevalecer o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nem toda contribuição (material ou psíquica) poderá ser reputada suficiente para cristalizar a autoria delitiva, sob pena de que se implemente perigosa flexibilização dos elementos objetivos dos tipos penais.

Para densificar a situação, Luís Greco¹⁸⁸² pondera que, caso se adotasse uma interpretação ampliativa do tipo penal, estaria incurso no crime de homicídio não apenas aquele que cortasse a cabeça de alguém, como igualmente o terceiro que entregasse o

1879 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 107.

1880 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 9-11.

1881 FRAGOSO, Lições de direito penal: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 255. No mesmo sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Ob. cit., p. 667; REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit., p. 318.

1882 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 12.

machado, ou que bradasse em incentivo: “corta, corta, corta!”. Nessa ordem de ideias, é possível inferir a ocorrência de três hipóteses possíveis de condutas: a) os comportamentos que configuram autoria delitiva, b) os comportamentos que configuram participação (ou cumplicidade), c) os comportamentos reputados neutros (ou penalmente atípicos) e que devem permanecer impunes.

É oportuno lembrar que, para a doutrina finalista, o tipo penal doloso somente se perfaz mediante a presença cumulativa do dolo e da provocação do resultado, ainda que por tempo significativo se tenha compreendido que a incidência exclusiva deste segundo requisito já fosse suficiente para conferir tipicidade penal a uma conduta. Sob tal prisma, se um paciente em estado terminal fosse submetido a uma intervenção cirúrgica destinada à ampliação de seus dias de vida, ainda que por breve período, poder-se-ia argumentar que o cirurgião teria praticado um homicídio doloso, caso o paciente viesse a falecer durante, ou logo após a operação, pois o médico tinha conhecimento desse risco. Naturalmente que tal “lógica” se revela verdadeiramente absurda, segundo a teoria finalista.

Aliás, para solucionar situações desta estirpe, há aproximadamente cinquenta anos a doutrina penal, através da teoria da imputação objetiva, tem buscado remodelar o tipo objetivo, mediante a inserção de elementos normativos, para que ele não se esgote na causalidade do resultado. Nesse sentido, se exigem como pressupostos do tipo: a) a provocação dolosa do resultado, b) o resultado deve ser a concretização de um risco não permitido criado pelo autor. Portanto, todo aquele que não cria risco algum, ou cria tão somente um risco permitido, estará agindo no campo da licitude. Destarte, o médico que buscou ampliar os dias de vida de seu paciente obviamente não gerou risco à vida de tal paciente, razão por que sua conduta foi penalmente atípica, ainda que o multicitado paciente não tenha resistido à operação.

De modo similar, até cerca de trinta anos atrás, a doutrina predominante admitia a existência de cumplicidade quando presentes a causalidade e o dolo, nos planos objetivo e subjetivo, respectivamente. Tal percepção também gerava dificuldades, pois, ainda que a conduta do partícipe tivesse o escopo de atrapalhar a ação principal, ele também estaria envolvido na provocação do resultado concreto. Imagine-se, por exemplo, que um indivíduo pretenda furtar objetos de uma casa e solicite ao chaveiro a confecção de uma réplica da chave do imóvel, mas que o dito chaveiro propositalmente fabricasse uma chave defeituosa, precisamente para obstar a ação do ladrão. Naturalmente que o chaveiro não anuiu ao propósito do larápio, e por isso mesmo não deve ser reputado cúmplice, ainda que o ladrão tenha rompido a porta por outro meio, após ter tentado abri-la, sem sucesso, se valendo da

chave falsa. Contudo, sob uma lógica eminentemente causalista o chaveiro seria cúmplice. Eis a razão pela qual a mera provocação de resultado não pode ser reputada suficiente para caracterizar o tipo objetivo.

Partindo da premissa de que a cumplicidade consiste no auxílio à prática de um injusto praticado por outrem, resulta evidente que aquele que atrapalha a ação ilícita do terceiro não está prestando auxílio, e por isso seu comportamento não pode ser reputado penalmente típico. Desta forma, transpondo os princípios gerais da imputação objetiva para o instituto da cumplicidade, tem-se que, a exemplo do autor, também o cúmplice precisará não apenas contribuir para provocar o resultado lesivo, mas igualmente precisará criar um risco juridicamente reprovável, e esse risco não pode ser meramente potencial. Demais disso, o manejo de uma mesma teoria tanto nos casos de autoria, quanto nos casos de cumplicidade, tem a vantagem de reduzir a possibilidade de soluções contraditórias para casos faticamente semelhantes.

Entretanto, Luís Greco¹⁸⁸³ pondera que existem diversas situações em que, inobstante a ocorrência de ajuda ou facilitação, não se poderá falar em cumplicidade, isto porque tais comportamentos consistiriam em ações neutras. Aduz mais que a mera invocação da teoria da cumplicidade não permitiria a exclusão da tipicidade penal em algumas situações, tais como: a) a conduta do padeiro que prepara um pão com creme de ervas e veneno, para que o marido se livre da própria esposa; b) a conduta do advogado que orienta esposa e o filho de um presidiário sobre como devem agir para não suportarem consequências penais por facilitarem a fuga de seu ente querido, mediante distração ao agente penitenciário que o vigia; c) a conduta do taxista que, repetidamente, conduzia ladrões aos locais onde realizavam seus roubos; d) a conduta do devedor que paga sua dívida, mesmo sabendo que o credor usará o dinheiro para comprar uma arma e matar um desafeto¹⁸⁸⁴.

Tomando em consideração os quatro exemplos acima referidos, não há como discordar de que o padeiro, o advogado, o taxista e o devedor efetivamente prestaram auxílio aos autores das condutas principais, todas indiscutivelmente criminosas. Todavia, merece reparo a assertiva do jurista de Humboldt no sentido de que todas seriam condutas neutras. Muito ao contrário, pelo menos um deles terá agido como coautor, e outro como cúmplice, pois seus comportamentos agregaram riscos não permitidos, senão vejamos: a) se o marido deseja matar sua esposa, e recorre ao padeiro para que este prepare pães envenenados, a concordância do padeiro e o fornecimento do alimento envenenado o converte não em mero

1883 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 16.

1884 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 2-4.

cúmplice, mas em autêntico coautor de um homicídio qualificado, pelo menos no plano do ordenamento brasileiro (CPB, art. 121, §2º, III c/c art. 29); b) se o taxista conduz assaltantes ao local em que rotineiramente arrebata os bens de suas vítimas, mediante violência ou grave ameaça, e tem plena consciência de que seus passageiros cometerão tais ações, estará aderindo ao propósito criminoso dos mesmos, pelo menos na condição de cúmplice, pois caso se negasse a prestar o transporte em determinado dia alguns transeuntes seriam poupados. E quanto ao argumento de que os assaltantes sempre poderiam recorrer a outro qualquer taxista, cabe responder que a eventual circunstância de que outrem esteja disposto a aderir ao propósito criminoso de facínoras jamais teria o condão de legitimar tal comportamento. *Data maxima venia*, o argumento poderia ser perfeitamente traduzido através de uma reflexão um tanto cínica: “Já que existem outros taxistas que estarão dispostos a conduzir assaltantes ao local do assalto, por que eu deveria me recusar a fazê-lo, e assim abrir mão do dinheiro da corrida, apenas para poupar o patrimônio de vítimas que eu sequer conheço?”

Luís Greco¹⁸⁸⁵ argumenta que todo aquele que auxilia uma conduta alheia, estará facilitando, possibilitando, intensificando ou assegurando os efeitos daquela ação principal, e que o auxílio sempre criará um risco para um bem jurídico, mas nem todo risco criado será um risco proibido, pois a teoria da imputação objetiva fornece critérios para determinar quando um risco é ou não proibido, e que alguém só será cúmplice quando contribuir para o aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado. Assevera ainda que a cumplicidade não pode se esgotar na ideia de causação dolosa de um fato injusto principal.

Tais argumentos parecem convencer à primeira vista, mas o que o jurista de Humboldt não consegue esclarecer de forma convincente é o critério utilizado para distinguir, sem casuísmos, os riscos permitidos dos riscos proibidos. Demais disso, qualquer conduta que favorece, de modo consciente, uma ação criminosa alheia, pode ser tudo, menos neutra. Aliás, mesmo fora do espectro das condutas penalmente típicas, o simples comportamento de externar apoio já se mostra suficiente para afastar o rótulo de neutralidade.

Por exemplo, admita-se que um dos assaltantes transportados pelo taxista do exemplo de Greco tenha investido contra uma vítima franzina, pensando se tratar de alguém vulnerável, e desconhecendo que a vítima eleita era um exímio lutador de artes marciais. Imagine-se que, ao ser atacada, a dita vítima não apenas consiga desarmar o assaltante, mas também o prostre ao solo e em seguida se posicione para desferir um golpe mortal contra a garganta do ladrão. Caso algum expectador instigue o lutador a concluir sua ação, e exaurir a

1885 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit. p. 16-17.

a vida do assaltante, estará efetivamente adotando um comportamento neutro? Tal conduta de apoio verbal será reprovável apenas na seara moral? Há adequação social em incentivar a vítima de um crime contra o patrimônio a ir à desforra, e eliminar a vida do ladrão? Se as respostas a tais questionamentos forem positivas restará imperativo admitir que as razões inspiradoras da autotutela de alguma forma estão a influenciar a construção teórica sobre ações neutras.

Quanto ao ponto, Miguel Reale¹⁸⁸⁶ adverte que “a teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo da Moral declarada obrigatória para que a sociedade possa sobreviver”. E a sociedade contemporânea consegue sobreviver conferindo pretensa neutralidade a comportamentos que não apenas incentivam a autotutela, como negam igualmente quaisquer resquícios de solidariedade social ou de tolerância?

6.1.3 Cumplicidade por meio de ações neutras

Para a doutrina penal predominante, crime é toda conduta típica, antijurídica e culpável. Será típica quando se adequar perfeitamente ao comportamento incriminado pela lei penal. Será antijurídica quando, além de não estar amparado por causas de justificação (legítima defesa, por exemplo), violar o núcleo mais sensível do “mínimo ético”, aquele núcleo compreendido como *ultima ratio*. Será culpável quando o juízo de censura recair sobre um agente dotado de potencial consciência da ilicitude, e de quem se poderia exigir conduta diversa. Fernanda Palma¹⁸⁸⁷ assinala que “uma culpa em abstracto, não identificada com a gravidade do dano, só pode ser uma culpa pela violação da norma em circunstâncias em que outra opção seria possível para o agente. Também a liberdade abstracta sem conteúdo nem direção, cuja existência a discussão sobre o livre arbítrio averigua, será, quando aplicada ao Direito, uma liberdade de cumprir ou não cumprir, uma liberdade cujo objecto é, em si, eticamente indiferente ou apenas referido ao valor da obediência. Seremos culpados na medida em que formos livres para obedecer ou desobedecer ao Direito, independentemente do conteúdo deste e do seu valor intrínseco”. Nessa ordem de ideias, e adotando a concepção de Sartre, segundo a qual “o homem está condenado a ser livre”, sendo o indivíduo consciente sobre o desvalor jurídico-penal de sua conduta, será ele sempre punível.

De fato, o princípio da culpa representa indisfarçável fonte de legitimação e dignidade punitiva no âmbito do direito penal, eis que a culpa jurídico-penal atua como princípio de

1886 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 42.

1887 PALMA, Maria Fernanda. O Princípio da Desculpa em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2005. p. 42.

imputação e limita a intervenção punitiva estatal, na medida em que tem sua incidência restrita a condutas dotada de significado comunicativo ético-social ofensivo a algum bem jurídico tutelado pelo ordenamento penal. Entretanto, a doutrina costuma associar as ações neutras aos planos da tipicidade e da antijuridicidade, com vistas a afastar a caracterização do injusto penal no caso concreto.

Quanto a isso, Robles Planas pondera que, tanto será arbitrário negar a punibilidade de toda ação cotidiana ou habitual, como afirmá-la sempre, se não se fundamenta na perigosidade da conduta¹⁸⁸⁸. Em reforço ao argumento, Hassemer agrega que o núcleo do problema é saber quais os limites mínimos da intervenção punível, estabelecendo os limites do direito penal frente aos espaços de normalidade cotidiana¹⁸⁸⁹. Portanto, resta necessário identificar as principais linhas de entendimento sobre as ações neutras no âmbito da teoria geral do crime, e com vistas a definir quais são os limites mínimos para que uma conduta de auxílio, facilitação ou contribuição ao comportamento ilícito de outrem venha a ostentar dignidade punitiva.

6.2 Ações neutras e tipicidade objetiva

Argumenta-se em prol da atipicidade penal das chamadas condutas neutras a partir dos elementos objetivos ou subjetivos do tipo, mas a partir da disseminação da teoria da imputação objetiva, a doutrina prevalente passou a defender que a conduta do agente deve ser suficientemente capaz de gerar um risco proibido em desfavor do bem jurídico penalmente tutelado. Vale salientar que, em paralelo à teoria da causalidade, a teoria da imputação objetiva se originou inicialmente no âmbito do direito civil, nos estudos de Karl Larenz, mas posteriormente se desenvolveu na seara do direito penal, com Richard Honig, que buscava avaliar a possibilidade de imputação penal de um determinado resultado a um agente, não por meio de critérios naturalísticos, mas por meio da utilização de elementos eminentemente axiológicos.

No âmbito da doutrina penal brasileira, Damásio de Jesus entende que a imputação objetiva substitui as teorias causalistas, mas tal percepção é contestada pelos dois maiores expoentes do tema, na atualidade. Argumenta Günther Jakobs que a imputação objetiva engloba a causalidade, ao passo que Claus Roxin entende ser a causalidade apenas um

1888 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 45.

1889 HASSEMER, Winfried. *apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales em el ámbito de los delitos fraudulentos*. Ob. cit., p. 75.

pressuposto para a posterior análise da imputação objetiva. Com efeito, após as propostas iniciais de Larenz e Honig, a teoria da imputação objetiva passou a ser desenvolvida por Claus Roxin e Günther Jakobs, em oposição à construção finalística de Hans Welzel, que buscava lastro numa visão ontológica dos elementos da conduta. Embora discordem sobre a importância dos conhecimentos especiais do agente, Jakobs e Roxin convergem na compreensão de que o centro de gravidade para a imputação penal é o o tipo objetivo. De fato, o núcleo central da teoria da imputação objetiva consiste em considerar causa de um resultado típico o comportamento do agente que gere um risco não permitido ao bem jurídico tutelado, além de atrair um conteúdo jurídico para a imputação do resultado ao autor.

Argumenta Roxin¹⁸⁹⁰ que “ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos”. Jakobs, por seu turno, ostenta uma compreensão um pouco diversa, apregoando a normativização do tipo penal, extraindo dele todo e qualquer dado ontológico. Defende ainda que a imputação objetiva deve possuir uma coerência sistemática e defende o emprego do método dedutivo, contrariamente à posição de Roxin, que pugna pela adoção de um método indutivo, partindo de casos concretos para elaborar a sua teoria¹⁸⁹¹. Aduz ainda o jurista de Bonn que a imputação objetiva, a partir do tipo objetivo, possui dois níveis, sendo o comportamento o primeiro deles, que deve ser necessariamente previsto no tipo, e o segundo é o resultado naturalístico, que se justifica exatamente pelo comportamento (primeiro nível de imputação), que é objetivamente imputável ao autor. Jakobs sustenta mais que a criação do risco permitido, mesmo aquele derivado dos contatos sociais, não atrai a imputação objetiva¹⁸⁹². Admite, contudo, que há riscos concretos e permitidos, que podem ser agravados, tal como o ato de dirigir com a pista molhada e escorregadia, independentemente do destino da viagem¹⁸⁹³. Por igual, sob o rótulo da “proibição de regresso”, sugere a exclusão do âmbito da imputação objetiva do resultado a situação em que o devedor paga o que deve a seu credor, ainda que tendo ciência que este pretende adquirir uma arma para matar um desafeto¹⁸⁹⁴. Defende sua posição ponderando que há imputação objetiva sempre que o resultado ocorrer, mesmo sem a colaboração omissiva ou comissiva do agente, ou ainda que o comportamento dele fosse permitido, e

1890 ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 122.

1891 JAKOBS, Günther *apud* PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 146.

1892 JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 295.

1893 JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Ob. cit., p. 297.

1894 JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Ob. cit., p. 309.

quanto a isso agrega que a realização do risco independe daquilo que teria acontecido sem esse risco.

Em linha gerais, segundo a percepção de Jakobs: a) a realização do risco depende do que aconteceu por causa dele; b) os contornos do chamado risco não permitido são relativos, pois dependem do grau de risco que levamos em consideração¹⁸⁹⁵; c) sempre que ausente um pressuposto do injusto penal, o evento estará fora da abrangência da proteção da norma; d) não se pode conceber como risco proibido o risco geral da vítima, como o que decorre de se viver em um grande centro urbano e se expor ao trânsito viário¹⁸⁹⁶; e) a elevação de um risco serve para definir um comportamento proibido, mas não o nexo de finalidade da norma entre conduta e resultado; f) eventuais dúvidas sobre a relação entre o fim da norma e a imputação do resultado são processuais e devem ser resolvidas com base no *in dubio pro reo*.

Portanto, a imputação do tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo agente, que consista em um risco não permitido, segundo o alcance do tipo, e cuja realização provoque o resultado lesivo. Quanto ao ponto, Roxin¹⁸⁹⁷ adverte que o risco permitido vem a ser aquele derivado de uma conduta que cria um risco relevante, sob o prisma jurídico, mas que mesmo assim é tolerado, de um modo geral, diferentemente das justificantes, excluindo a imputação ao tipo objetivo. Wolfgang Frisch¹⁸⁹⁸ agrega que, por meio de sua conduta causal, o agente deve ter criado um perigo desaprovado no sentido do tipo penal respectivo, de modo que se perceba uma clara conexão entre a conduta dolosa ou imprudente e a criação de um risco desaprovado. E na mesma ordem de ideias, Yesid Alvarado¹⁸⁹⁹ argumenta que a teoria da imputação objetiva permite estabelecer, no plano jurídico, os contornos de uma conduta lesiva dos interesses sociais, razão por que é necessário identificar se o resultado pode ser atribuído objetivamente ao comportamento do agente. Bem por isso, com absoluta razão Juárez

1895 Por exemplo, se um hoteleiro não deixa as luzes acesas para entrada do estabelecimento (ação) ou não as acende quando devia (omissão), produz um risco não permitido de quedas. Entretanto, a mesma conduta não representa risco proibido em relação a assaltos que possam ocorrer na escuridão ou mesmo em relação a transeuntes embriagados que se percam pela falta da iluminação do estabelecimento (JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Ob. cit., p. 323).

1896 JAKOBS, Günther. Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Ob. cit., p. 327.

1897 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. 1. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garci Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 367-371.

1898 FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal y imputación objetiva*. Enrique Bacigalupo Zapater (org.). Trad. Miguel Cancio Meliá et al. Madrid: Codex, 1995. p. 34.

1899 REYES ALVARADO, Yesid. *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1992. p. 964. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1992-30093300968. Acesso em: 12.05.2023.

Tavares¹⁹⁰⁰ arremata que a imputação objetiva se volta a restringir o alcance da proibição ou a determinação típica sobre determinado sujeito.

Assim, para melhor compreensão das várias visões sobre o que sejam ações neutras, segundo o prisma do tipo objetivo, serão examinadas adiante quatro teorizações clássicas (proibição de regresso, adequação social, princípio da confiança, e princípio da insignificância), além de seis teorizações modernas (teoria dos papéis ou do rol social, participação como solidarização com o injusto alheio, adequação profissional, critérios quantitativos, ponderação objetiva dos interesses e cursos causais hipotéticos).

6.2.1 Teorias clássicas

A propósito das variadas teorias, Fonseca de Aguiar¹⁹⁰¹ argumenta que, no plano da dogmática germânica, a história dos comportamentos ditos neutros registra três momentos distintos: a) a primeira fase, que durou de 1840 a 1920, aproximadamente, e foi iniciada a partir da problematização proposta por Joseph Kitka, processualista austríaco que questionava se o vendedor de uma *terzerole* que almejasse tão somente a obtenção do dinheiro, poderia ser acusado de homicídio por repassar a aludida pistola de bolso a alguém que pretendesse matar um terceiro; b) a segunda fase, deflagrada a partir de 1977 com o renascimento do tema a partir das reflexões de Jakobs, que passou a criticar a hipertrofia da imputação penal na doutrina dominante, e que veio a influenciar os estudos de Wolfgang Frisch, em 1988, sobre o receio de uma “sociedade da desconfiança”; c) a terceira fase, estabelecida a partir de 1994, por força da problematização da eventual responsabilidade de funcionários bancários como cúmplices de fraudes fiscais cometidas por seus clientes que realizavam transferência anônima de capitais para o estrangeiro, especialmente para Luxemburgo, com vistas a se livrarem dos encargos da tributação.

Além disso, e embora ratifique a posição de Peter Rackow no sentido de que as “complexas articulações impedem a dita sistematização material das diversas teorias, prejudicando inclusive uma mais modesta opção por uma localização formalmente estanque de grande parte das posições doutrinárias, seja no tipo objetivo, no tipo subjetivo ou na justificação”, o jurista lusitano sugere que as variadas construções teóricas sobre as ações reputadas neutras sejam classificadas em três grupos: a) teorias de tendencial impunidade, b)

1900 TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 279.

1901 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Os comportamentos ditos neutros na cumplicidade. 1. ed. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 42-44.

teorias de punição moderada, c) teorias de tendencial punição. Todavia, por opção metodológica, o tema será examinado a partir de uma concepção binária, segundo a qual as teorias são agrupadas em apenas dois conjuntos, o das teorias clássicas, e o das teorias modernas, inclusive para não influenciar os leitores com a carga axiológica naturalmente derivada da divisão tripartite acima aludida.

a) Proibição de regresso

Acerca da teoria da proibição do regresso, Melo Lima¹⁹⁰² argumenta ser um critério utilizado para limitar a imputação de um resultado a certos comportamentos que possam ter causado resultados, mas que estão fora do interesse do direito penal, e agrega que foi concebida originariamente por Reinhard Frank, no âmbito da causalidade, para conferir limites ao tema da autoria, mas em sua versão moderna, sugere limites ao alcance da imputação somente em relação àquele que atua na condição de garante da não ocorrência do resultado lesivo¹⁹⁰³. Ricardo Cardoso¹⁹⁰⁴ pontua que “a teoria da proibição de regresso, além de interromper o nexo causal pela conduta dolosa de outra pessoa, salvo as regulações especiais sobre a indução e cumplicidade, buscava vedar também o retorno às condições que, temporariamente, precederam o delito doloso”. Aduz mais que o núcleo central da proibição de regresso versa sobre a exclusão da imputação daquele que, inicialmente, gerou o risco de modo imprudente para a realização de um resultado delitivo, uma vez que o mesmo se concretiza em razão do posterior comportamento doloso de um terceiro. E quanto ao ponto, Roberto D’Ávila¹⁹⁰⁵ adverte que a ruptura do nexo de imputação “ocorrerá sempre que uma ação tornar-se causa de um resultado típico, em virtude do desvio provocado por um terceiro”, tal como se verifica na hipótese em que o devedor paga suas dívidas, mesmo consciente de que o credor utilizará o numerário para adquirir uma arma de fogo, e com ela perpetrar um crime de homicídio. Salienta D’Ávila que tal devedor não será considerado responsável pelo crime, mesmo que, ao efetuar o pagamento, já tivesse conhecimento da intenção criminosa do credor.

1902 LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 37.

1903 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Direito Penal. Parte Geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 251.

1904 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 125.

1905 D’ÁVILA, Fábio Roberto. Crime culposos e teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 79.

Segundo as lições de Roxin¹⁹⁰⁶, além do nexu causal ser interrompido pelo fato doloso de outra pessoa, a mesma procurava obstar o retorno às condições que temporalmente antecederam tal ilícito doloso, mas reconhece estarem excetuadas as situações em que existirem indicações especiais sobre a indução e a cooperação. E relativamente às exceções, Luís Greco¹⁹⁰⁷ pondera que, no âmbito da feição clássica dessa teoria, a cumplicidade e a instigação seriam exceções legislativas à construção teórica de que uma ação livre sempre inaugura, por si só, uma nova cadeia causal, desde que ela estivesse legalmente prevista como forma de participação.

Feijóo Sanchez¹⁹⁰⁸, por seu turno, reflete sobre a existência de uma “proibição de regresso” como limite geral do tipo em direito penal, e acrescenta que a questão nuclear no atual estado da evolução do problema reside nos limites da participação criminal, vale dizer, se ostenta alguma relevância penal a prática de uma atividade habitual que, mesmo sem apresentar um sentido delitivo unívoco, termina sendo aproveitada por um terceiro para realizar seu plano criminoso. O jurista espanhol assinala ainda que há casos limites nos quais o agente sabe perfeitamente que sua conduta contribuirá para que um terceiro pratique uma ofensa a um bem jurídico, razão por que as normas que regulam o âmbito social onde se desenvolve a atividade favorecedora do crime podem representar um importante critério de ajuda, tal qual nos deveres de prevenção ao branqueamento de capitais impostas aos bancos e aos setores não-financeiros sensíveis.

b) Adequação social

Segundo as lições de Welzel¹⁹⁰⁹, o direito penal deve tipificar apenas condutas que ostentem certa relevância social, razão pela qual as condutas que demonstrem adequação social não podem ser reputadas criminosas. Relembre-se que a tipificação penal deve recair sobre determinadas condutas que são negativamente valoradas, entretanto, algumas delas devem ser consideradas irrelevantes ao direito penal por serem não apenas habituais no meio social, mas ainda por externarem comportamentos tolerados, ou mesmo permitidos.

1906 ROXIN, Claus. *Derecho penal: fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Ob. cit., p. 355.

1907 GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. Ob. cit., p. 24.

1908 FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. *Límites de la participación criminal. Existe una prohibición de regresso como límite general del tipo en Derecho Penal?* Granada: Comares, 1999. p. 56-79.

1909 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Ob. cit., p. 60.

Nessa ordem de ideias, Stratenwerth¹⁹¹⁰ adverte que “é incompatível criminalizar uma conduta só porque se opõe à concepção da maioria ou ao padrão médio de comportamento”. Por outro lado, a ciência jurídica ainda não foi capaz de consolidar o entendimento se a chamada “adequação social” da conduta elide a tipicidade penal, ou se retira a antijuridicidade do comportamento.

Aliás, até mesmo Welzel¹⁹¹¹ revelou alguma hesitação ao refletir sobre seus efeitos, eis que considerou inicialmente a “adequação social” como excludente da tipicidade, mas posteriormente identificou-a como causa de justificação, e depois disso, novamente como causa excludente da tipicidade. Talvez por isso, Jescheck¹⁹¹² pondera que o jurista de Göttingen assimilou o princípio da “adequação social” apenas como um princípio geral de interpretação, e tem sido acompanhado por respeitáveis penalistas acerca de tal concepção¹⁹¹³.

Precisamente pela diversidade de concepções acerca dos limites da “adequação social”, esta persiste como um princípio inseguro e relativo, assim rotulado por diversos juristas, tais como Muñoz Conde, Rodriguez Mourullo, Zaffaroni e Jescheck¹⁹¹⁴, os quais não a admitem, seja como excludente da tipicidade, seja como causa de justificação. Pontua este último que a ideia da adequação social representa critério inútil para restringir os tipos penais, quando as regras usuais de interpretação possibilitam a sua delimitação correta, sendo preferível a aplicação dos critérios de interpretação conhecidos, a partir dos quais se obtêm resultados comprováveis, enquanto que a adequação social não deixa de ser um princípio relativamente inseguro, razão pela qual só em última instância deveria ser utilizado.

No plano da doutrina portuguesa, Maria Paula de Faria¹⁹¹⁵ assinala que a adequação social é “sinônimo de normatização da ação, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da atuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal do crime”. Aduz mais que o conceito de adequação social importa em admissão de um objetivo-normativo ao nível do

1910 STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal: parte general*. Ob. cit., p. 6.

1911 WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 53.

1912 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 343.

1913 GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: derecho penal*. Madrid: Civitas, 1988. p. 165. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 46.

1914 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Ob. cit., p. 46; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Ob. cit., p. 343; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. Ob. cit., p. 476; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1978. p. 263.

1915 FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005. p. 32.

ilícito, com preponderância sobre os elementos subjetivos, e que a teoria da imputação objetiva não difere substancialmente da ideia originária da adequação social. Inobstante às críticas quanto à amplitude demasiada conferida à “adequação social”, Cancio Meliá preconiza que tal teoria é precursora da normatização do tipo objetivo, sendo um embrião de uma verdadeira teoria geral da imputação objetiva¹⁹¹⁶.

Entre os doutrinadores brasileiros, Luís Greco¹⁹¹⁷ argumenta que a ideia de adequação social nos remete involuntariamente ao conceito de ações neutras, por serem aquelas que “permanecem funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em determinado momento histórico”. E em reforço argumentativo, indaga retoricamente se existem ações mais integradas à vida comunitária do que vender um pãozinho, prestar assessoria jurídica ou dirigir um táxi. Aduz mais que a teoria da adequação social propunha uma exclusão de tipicidade para todas as condutas funcionalmente integradas no dia-a-dia de determinada comunidade, mesmo aquelas incidentes a algum tipo de delito, tal como a venda de bebidas alcoólicas a um motorista, por um taberneiro. Assevera ainda que Philipowski e Lohmar recorrem a este princípio para resolver, em especial, o problema da contribuição prestada por funcionários de bancos a delitos de sonegação fiscal.

Contudo, Greco admite que a teoria da adequação social não constitui instrumento apto para resolver os casos de cumplicidade através de ações neutras, e nesse sentido pondera que o próprio Welzel, criador da teoria, por vezes retificou suas concepções, seja quanto à função do conceito de adequação social (problema de tipo ou de antijuridicidade), seja quanto ao seu conteúdo (causa de exclusão do tipo ou da antijuridicidade, ou mero princípio de interpretação). Nesse cenário, adverte que a doutrina amplamente majoritária confere tão somente à adequação social o estatuto de princípio interpretativo, seja por se mostrar demasiado imprecisa, seja porque foi superada cientificamente, tanto pela teoria da imputação objetiva, quanto pelo princípio da insignificância.

Relativamente aos óbices que impedem a consolidação da teoria da adequação social, Greco¹⁹¹⁸ pontua que “o erro fundamental desta teoria é não deixar claro se ela se trata de uma descrição ou de uma prescrição, noutras palavras se ela deve ser compreendida em sentido sociológico-descriptivo (referindo-se àquilo que é socialmente adequado, àquilo que realmente

1916 CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de la adecuación social*. In: WELZEL, Hans. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPC). v. XLVI. n. 2. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1993. p. 728-729. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLaAdecuacionSocialEnWelzel-46435.pdf>. Acesso em: 14.05.2023.

1917 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Ob. cit., p. 21-22.

1918 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 23.

se faz em determinada sociedade), ou em sentido ético-normativo (referindo-se àquilo que é socialmente adequado, àquilo que, em determinada sociedade, se considera correto fazer)”.

Rechaça o sentido sociológico-descritivo, sob pena de serem admitidas como socialmente adequadas, e penalmente atípicas, certas práticas habituais absolutamente inaceitáveis (v. g., a tortura de presos por policiais, ou a execução de delatores pelo crime organizado). Aduz ainda que a dogmática dominante já dispõe de construções teóricas com maior concretude, e portanto, mais capazes de enfrentar os problemas que a teoria da adequação social fora projetada para resolver, razão por que a reputa inadequada para solucionar o problema da cumplicidade através de ações neutras.

c) Princípio da confiança

A propósito do princípio da confiança, Melo Lima¹⁹¹⁹ destaca que “a convivência em sociedade é pautada pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, não podendo ser atribuída a responsabilidade penal a um agente sob a alegação de suposta violação da expectativa legitimamente depositada pelo pacto social”. Para densificar seu pensamento, propõe a hipótese do pedestre que subitamente atravessa a rua sem se importar diante do tráfego, e que sofre atropelamento de um veículo que era conduzido de maneira normal e regular. Pontua não ser possível reputar criminosa a conduta do motorista de tal veículo, o qual confiava que os pedestres adotassem postura prudente e somente se lançassem a cruzar o logradouro público quando o fluxo de carros cessasse em respeito ao sinal vermelho.

Na mesma ordem de ideias, Gómez-Trelles¹⁹²⁰ defende a aplicação do princípio da confiança na relação entre o advogado e o cliente, para que não seja valorado se o profissional teve o prévio conhecimento de que estava contribuindo para a prática dos crimes de evasão fiscal ou de lavagem de dinheiro, dentre outros, porque não haveria tipicidade objetiva na conduta profissional do advogado.

Danilo Lobato¹⁹²¹, por seu turno, leciona que o princípio da confiança foi originariamente concebido para resolver problemas decorrentes dos acidentes de trânsito, e que sua ideia nuclear reside na confiança recíproca que as pessoas devem nutrir, umas em

1919 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 41.

1920 GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Blanqueo de capitales y abogacia. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva*. In: *Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, jan. 2008. p. 35-36. Disponível em: www.indret.com. Acesso em: 23.05.2023.

1921 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 38-39.

relação às outras, segundo os padrões e normas de circulação, ressalvadas apenas as situações que apontem indícios que desautorizem tal confiança, tal como crianças jogando bola perto do meio-fio.

Enfrentando o mesmo tema, Ricardo Cardoso¹⁹²² aduz que “o princípio da confiança também serviu para analisar o conteúdo do injusto nos casos de ações neutras, na possibilidade de limitação de responsabilidade em decorrência da colaboração de um terceiro no resultado delitivo”. Corrobora a assertiva de que o primeiro âmbito de aplicação do princípio da confiança foram os delitos de trânsito, mas acrescenta que o mesmo foi seguidamente aplicada na seara do direito médico, e depois disso ao direito penal econômico, especialmente quando existente uma divisão de tarefas. Destaca ainda a importância de tal teoria no âmbito dos delitos imprudentes, e que, sob a ótica funcionalista, é empregada como critério delimitador do risco permitido, ou da exclusão de imputação. Salienta ainda que o desenvolvimento socioeconômico é pautado pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, razão por que entende ilegítimo imputar responsabilização penal a um agente em face da inobservância de terceiros ao pacto social, e por tal motivo sugere “a incidência do princípio da confiança nos casos de cumplicidade por ações neutras, àqueles desenvolvidos no âmbito profissional, na prestação de serviços e assessorias, é utilizada como forma de exclusão da tipicidade objetiva”. Contudo, reconhece que a cumplicidade por ações neutras é essencialmente caracterizada pelas situações que o agente conhece fortes indícios de que o terceiro adotará comportamento ilícito, e por tal motivo o princípio da confiança evidencia suas limitações para solucionar o problema das ações neutras.

Muñoz Conde¹⁹²³ adverte que a simples conexão causal da ação e do resultado, e a culpabilidade, exige um terceiro elemento fundamental para configurar o crime culposos, qual seja, o dever objetivo de cuidado, e este consiste não apenas em reconhecer o perigo para o bem jurídico tutelado, como ainda em se acautelar diante das possíveis consequências que uma conduta descuidada pode gerar, seja para se abster de praticá-la, seja para somente executá-la após a adoção das necessárias precauções para evitar o resultado danoso. De toda sorte, o elemento nuclear no injusto culposos não é a provocação do resultado, mas a maneira pela qual se operou a ação geratriz.

Nessa ordem de ideias, Cezar Bitencourt¹⁹²⁴ pondera que, na dúvida, se impõe o dever de abstenção da conduta, pois quem se arrisca vulnera o princípio da confiança por seu agir

1922 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 129-130.

1923 MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Ob. cit. 70.

1924 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. v. 1. Ob. cit., p. 375.

imprudente, e assim comete um crime culposo. Aduz mais que na vida em sociedade, é natural que cada indivíduo se comporte como se os demais também se comportassem corretamente, e nessa avaliação sobre a conduta correta de alguém não se pode, em absoluto, deixar de considerar aquilo que, nas mesmas circunstâncias, seria lícito esperar de outrem. Eis o critério regulador da conduta humana conhecido como princípio da confiança (*Vertrauensgrundsatz*), e do qual deriva o princípio da autorresponsabilidade, corolário do exercício da liberdade individual, segundo o qual cada agente é responsável pelo respectivo fato com o qual contribuiu objetivamente, não podendo ser ampliada a imputação de modo a abranger indivíduos que estão alheios ao círculo de autores e partícipes no fato delituoso.

d) Princípio da insignificância

O princípio da insignificância exige a ocorrência de uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal, vale dizer, é necessário que a conduta valorada ostente suficiente dignidade punitiva sob o prisma da seara penal, que representa a *ultima ratio* do ordenamento. Apesar disso, é possível que algumas condutas se adequem formalmente a determinado tipo penal, mas não evidenciem qualquer relevância material, por não produzirem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado. Em tais situações é possível afastar liminarmente a tipicidade penal porque o bem jurídico não chegou a ser lesado. Aliás, consoante as lições de Rogat¹⁹²⁵, tal preceito deve ser adotado como um dos caminhos para solucionar o problema das ações neutras, pois somente devem ser tipificadas como ilícito penal aquelas condutas que forem especialmente qualificadas, vale dizer, aquelas que ostentam certa gravidade, precisamente por representarem as agressões mais intensas aos bens jurídicos mais valiosos, tudo de modo a excluir de seu campo de aplicação as atividades penalmente irrelevantes.

No plano da doutrina brasileira, Ricardo Cardoso¹⁹²⁶ assinala que “o princípio da insignificância também serviu de objeto na formulação do fundamento da cumplicidade, na tentativa de explicar a inaplicabilidade da punição para os casos de ações neutras”, e invocando as lições de Rogat, pondera que o conceito da insignificância se volta a uma análise quantitativa do incremento do risco gerado pela conduta do cúmplice na realização do resultado, pois o risco deve ser qualificado e quantificado.

1925 ROGAT, Stefan. *Die Zurechnung bei der Beihilfe*. Frankfurt: Peter Lang GmbH, 1997 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Ob. cit., p. 30.

1926 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 127.

Carlos Vico Mañas¹⁹²⁷, por seu turno, relembra que ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador só deve ter em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. Destarte, o princípio da insignificância surge para evitar situações de tal cariz, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. Acrescenta o magistrado paulista que o princípio da insignificância já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra-geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*.

Na verdade, tal ilação nos remete ao clássico “O espírito das leis” (1748), no bojo do qual ponderava Montesquieu¹⁹²⁸ que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”. E poucos anos mais tarde, em obra igualmente clássica intitulada “Dos delitos e das penas” (1764), Beccaria¹⁹²⁹ apregoava que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”.

Contemporaneamente, Quintero Olivares¹⁹³⁰ relembra que o Estado não deve recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais. De forma bastante similar, Cezar Bitencourt leciona que a insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem jurídico atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, razão por que assinala ser inadequado negar aplicação ao princípio da insignificância apenas em razão da natureza do bem jurídico tutelado, tal como se observa em alguns arestos da jurisprudência.

Luís Greco¹⁹³¹ arremata que a doutrina moderna parece considerar este princípio uma máxima geral de interpretação, de importância, porém, bastante modesta, por motivo de seu baixo grau de precisão, razão por que serviria principalmente para excluir do campo dos tipos aquelas condutas e resultados que, de forma apriorística e induvidosa, carecem de qualquer carga de desvalor. Todavia, o jurista de Humboldt reconhece que os casos de cumplicidade

1927 MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 56.

1928 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 109.

1929 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 307.

1930 OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Introducción al derecho penal*. 1. ed. Barcelona: Barcanova, 1981. p. 49.

1931 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 31-32.

por meio de ações neutras são situações em que a carga de desvalor se mostra problemática e controvertida, e por isso mesmo não se pode resolvê-las declarando simploriamente que a venda do pão, a prestação da assessoria jurídica, ou a realização de operações bancárias seriam condutas insignificantes. E para além disso, questiona em que medida se poderia aplicar tal princípio à participação em delitos da maior gravidade, como os delitos dolosos contra a vida, por exemplo.

Examinando o tema da insignificância no plano do direito penal, Zaffaroni, Alagia e Slokar¹⁹³² pontuam que somente há pouco tempo foi observado que as afetações de bens jurídicos, tal como exigidas pela tipicidade penal, demandariam sempre que houvesse uma tal gravidade na conduta, isso porque nem todo ataque a bem jurídico seria capaz de configurar a lesão ou ameaça requerida pela tipicidade penal, de modo que a insignificância da afetação excluiria a tipicidade penal. Bem por isso, tal solução somente seria possível se fosse adotado o critério da tipicidade conglobante¹⁹³³. Frise-se que tal ceticismo é compartilhado por Danilo Lobato¹⁹³⁴, ao pontuar que uma atuação de auxílio, inicialmente classificada como insignificante, poderá ser reavaliada posteriormente de modo diverso, em razão da conduta principal se revelar especialmente injusta. Destarte, somente será possível afirmar eventual insignificância de uma colaboração após a aferição de todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição de auxílio para o fato principal. Por consequência, o princípio da insignificância não será apto a resolver a problemática da participação das ações neutras como um todo, mas poderá apenas ajudar na análise das participações que são ou não relevantes para o direito penal, independentemente de serem neutras ou não.

Conclusivamente, tem-se por certo que as quatro teorias clássicas acima referidas se mostram inidôneas ao propósito de solucionar o problema da cumplicidade através de ações neutras, eis que: a) na proibição de regresso, a questão nuclear reside em saber se o comportamento ostenta alguma relevância penal a prática de uma atividade habitual que, mesmo sem apresentar um sentido delitivo unívoco, possa ser aproveitada por um terceiro para realizar seu plano criminoso, sobretudo nos casos-limite, em que o agente sabe perfeitamente que sua conduta contribuirá para que um terceiro pratique uma ofensa a um bem jurídico, e ainda assim realiza a ação; b) na adequação social, o erro fundamental é não

1932 ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 472-473.

1933 Tipicidade conglobante é uma teoria jurídica concebida pelo jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, voltada a explicar a tipicidade no direito penal. Segundo ele não se pode considerar como típica uma conduta que é fomentada ou tolerada pelo próprio Estado.

1934 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 37-38.

deixar claro se ela deve ser compreendida como aquilo que é socialmente adequado, porque realmente se faz em determinada sociedade, ou no sentido daquilo que, em determinada sociedade, se considera correto fazer; c) no âmbito do princípio da confiança, o desenvolvimento socioeconômico é pautado pela confiança das pessoas no cumprimento das normas jurídicas, e por isso seria ilegítimo que alguém fosse penalmente responsabilizado pela inobservância de terceiros ao pacto social, entretanto, a cumplicidade por ações neutras é essencialmente caracterizada pelas situações em que o agente percebe fortes indícios de que o terceiro adotará comportamento ilícito, e por tal motivo o princípio da confiança evidencia suas limitações para solucionar o problema das ações neutras; d) no plano do princípio da insignificância, um dado comportamento pode ser reputado inicialmente como insignificante, mas posteriormente pode ser valorado de modo diverso, sobretudo quando a conduta principal se mostrar especialmente injusta, razão por que somente se pode afirmar a insignificância de uma colaboração após a aferição de todas as circunstâncias do caso concreto, sobretudo as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição de auxílio para o fato principal, e por tais motivos o princípio da insignificância se mostra inapto a resolver a problemática da participação das ações neutras como um todo, podendo apenas ajudar na análise das participações que são ou não relevantes para o direito penal, independentemente de serem neutras ou não.

6.2.2 Teorias modernas

Considerando a insuficiência das quatro teorias clássicas para aplacar o problema das ações ditas neutras, doravante serão examinadas sete outras teorias, mais modernas, e que se propõem a enfrentar o mesmo problema, a partir de critérios exclusivamente objetivos. São elas: a) teoria dos papéis ou do rol social (Jakobs), b) teoria da participação como solidarização com o injusto alheio (Schumann), c) teoria da adequação profissional (Hassemer), d) teoria dos critérios quantitativos (Weigend), e) teoria da ponderação objetiva dos interesses (Lüderssen), f) teoria dos cursos causais hipotéticos (Lowe-Krahl), g) teoria dos cursos causais hipotéticos e proporcionalidade (Greco).

a) Teoria dos papéis ou do rol social (Jakobs)

Segundo as lições Günther Jakobs¹⁹³⁵, as pessoas desempenham certas atividades na vida comunitária, e assim procedem para corresponder às expectativas de respeito à vigência do ordenamento, mas quando se verifica eventual violação do papel social do agente, isto justifica a incidência da norma penal como instrumento voltado ao restabelecimento das expectativas normativas dos cidadãos, e não propriamente à tutela dos bens jurídicos. Por outro lado, se o comportamento adotado pelo agente não excede os limites do rol social, não há que se falar em punição ao agente, pois “nem tudo é assunto de todos”. Com efeito, sob a ótica de Jakobs, o direito penal assegura a manutenção da configuração social e estatal por meio da garantia às normas, o que representa a defesa de sua própria legitimação material.

Naturalmente a teoria dos papeis, também conhecida como teoria do rol social, enfatiza o ponto de vista sociológico das atividades individuais na vida comunitária, e corresponde aos fundamentos do funcionalismo sistêmico, pois tangencia o aspecto subjetivo da conduta, e por isso mesmo não toma em consideração se o sujeito tinha ciência que seu comportamento serviria como contributo mediato ou imediato a um injusto penal de outrem. Com efeito, a partir da teoria da imputação objetiva se consolidou o entendimento de que uma conduta penalmente típica guarda inspiração num princípio social-funcional. Destarte, e considerando a absoluta brevidade de diversos contatos sociais, tal como aqueles do trânsito viário, somente seria possível discipliná-los se existir a confiança de que cada indivíduo responderá apenas por suas próprias condutas defeituosas, e não pelas de terceiros. Portanto, nessa esteira de pensamento, somente haverá violação das expectativas juridicamente garantidas a partir de um comportamento objetivamente falho, independentemente de aspectos ou valorações subjetivas. Assim, a quebra do rol constituirá requisito mínimo de uma defraudação¹⁹³⁶.

Para densificar a hipótese, imagine-se que um estudante de biologia exerça o ofício de garçom durante as férias acadêmicas, e por força de seus conhecimentos especiais percebe que servirá aos clientes uma salada cuja composição é imprópria para o consumo humano. Diante do caso, Jakobs sustenta que a conduta do estudante deve estar situada dentro do rol social por ele desenvolvido. Portanto, embora detenha conhecimentos especiais, caso sirva a salada imprópria aos clientes e algum deles venha falecer vítima de uma severa infecção intestinal, o jovem estudante e dublê de garçom não deverá responder por homicídio, mas, no

1935 JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 44.

1936 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Ob. cit. p. 54-55.

máximo, pelo delito de omissão de socorro. Noutro giro, Jakobs admite que o sentido social do comportamento é definido pelo contexto, e este poderá ser flagrantemente delitivo. Para exemplificar propõe a situação em que alguns indivíduos estejam se engalfinhando diante de uma loja de ferragens, e em determinado momento algum deles ingresse no estabelecimento para comprar uma enxada. Nesse cenário, ainda que a venda de uma enxada numa loja de artigos de jardim seja um comportamento aparentemente inofensivo, o eventual fornecimento da pretendida enxada poderá configurar cumplicidade penal por parte do vendedor¹⁹³⁷.

Argumenta Piña Rockefort¹⁹³⁸ que o rol social não apenas orienta a conduta do destinatário, como também serve como parâmetro de aferição da conduta, posto que estabelece o respectivo âmbito de competência do agente, de modo que inexista qualquer dever jurídico além dos limites do rol social. Contudo, Feijóo Sanchez¹⁹³⁹ pondera que o critério objetivo não pode corresponder a um mero conceito sociológico, devendo ser adotado a partir de um critério extraído da norma penal, ainda que tacitamente. Sobre a conduta do estudante que atua como garçom durante as férias, salienta o jurista madrilenho que “no momento em que percebe que está servindo uma comida envenenada, sua conduta adquire um sentido delitivo”. Aduz em complemento que o fator decisivo para configuração do tipo penal será a criação dolosa de um risco não permitido, que se realiza num resultado, e que o papel social nada acrescenta aos tradicionais requisitos da imputação objetiva.

De fato, a crítica se mostra pertinente, eis que o eventual acolhimento da teoria do rol social representaria uma autêntica normativização da sociedade, com evidente desprezo pelo aspecto subjetivo do comportamento. Demais disso, é inadequado aferir a ressonância penal de certa conduta a partir de critérios meramente sociológicos.

Finalmente, Danilo Lobato¹⁹⁴⁰ destaca que o próprio Jakobs fragilizou sua construção teórica, pois, embora seu atual conceito de participação seja independente de dolo e culpa, na versão-base de seu manual preconizava que a participação só seria possível quando o fato principal, além de ser objetivamente típico e antijurídico, fosse doloso. Aduz ainda que a tradução espanhola do aludido manual já emergiu desatualizada, eis que ainda em 1996, através de artigo intitulado “Acessoriedade. Sobre os requisitos da organização conjunta”,

1937 JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Ob. cit., p. 64-69.

1938 PINA ROCKEFORT, Juan Ignacio. *Causalidad y imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia em el Derecho Penal*. Revista Chilena del Derecho. v. 30. n. 3. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003. p. 531. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41615461>. Acesso em: 15.05.2023.

1939 FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole. 2003. p. 121-127.

1940 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 48-49.

Jakobs defende expressamente a independência do dolo e da culpa do conceito de participação, e pontua mais que a acessoriedade não guarda qualquer relação com contribuições de cooperação e de participação nas atuações comuns conscientes e intencionadas, tampouco com o fomento intencional de atos dolosos ou outras internalizações de qualquer espécie.

b) Participação como solidarização com o injusto alheio (Schumann)

Consoante as lições de Ricardo Cardoso¹⁹⁴¹, o fundamento da punibilidade no comportamento do cúmplice, na concepção teórica desenvolvida por Schumann tem como essência a solidariedade para com o injusto do autor, eis que adota o critério geral de imputação objetiva para responsabilização do partícipe, situando a questão na necessidade de uma contribuição do cúmplice ao delito praticado pelo autor principal, isto para que a imputação ao cúmplice não seja por fato de outrem. Paulo César Busato¹⁹⁴² pondera que, nesse aspecto, a conduta do cúmplice precisa conter um desvalor do ato, e tal comportamento precisa ser reputado indesejado pela comunidade, a ponto de se extrair a solidariedade do partícipe ao mal produzido pelo autor principal. Em reforço, Melo Lima¹⁹⁴³ argumenta que a doutrina da solidarização com o injusto alheio se baseia na adesão do agente à conduta do outro participante ou coautor, para a relevância penal da ação neutra. Em outras palavras, se for constatado na situação concreta que o agente que praticou uma conduta aparentemente neutra solidarizou-se com o injusto praticado por terceiro, a ele também é imputada a prática da infração penal, em comparticipação. Ainda no âmbito da dogmática brasileira, Reale Júnior¹⁹⁴⁴ recolhe exemplos propostos por Roxin e Jakobs para advertir que não se pode punir o agente a título de cumplicidade se “não há vontade comum e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do fornecedor dos meios para a prática do delito”, sob pena de que, na corrente causal, isto implicasse em um “regresso ilimitado”.

No plano da doutrina espanhola, e ainda invocando as lições do jurista alemão que concebeu tal teoria, Robles Planas¹⁹⁴⁵ pondera que o injusto da participação reside no desvalor do ato, desde que a ação represente um desprezo aos valores fundamentais do sentir jurídico, e

1941 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 135.

1942 BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva. In: Revista Duc In Altum Caderno de Direito. v. 5. n. 8, jul./dez. 2013. p. 338.

1943 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 42.

1944 REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit. p. 322-323.

1945 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 102.

cristalize um desvalor socialmente insuportável, o que se verifica por meio da noção de solidarização com o injusto do autor, isto é, quando o partícipe se coloca de maneira indetectável de parte do injusto.

É oportuno observar que a teorização proposta por Schumann assinala a necessidade de três critérios a partir dos quais se infere a solidariedade diante do injusto alheio: a) a proximidade da contribuição à realização do injusto, como fator temporal de identificação; b) a colaboração do partícipe deve se atrelar a aspectos nucleares do tipo objetivo que o autor principal almeja cometer; c) a contribuição do partícipe ficará excluída, caso represente uma atuação profissional, ou se integrar a rotina cotidiana diária.

Além disso, Luís Greco¹⁹⁴⁶ pondera que “o trabalho desenvolvido por Schumann se preocupa em estudar o alcance do princípio da autorresponsabilidade, isto é, da ideia de que cada qual é, em princípio, responsável só por suas próprias ações, e não pelo que é feito pelos demais”. Todavia, Robles Planas¹⁹⁴⁷ assinala que certo segmento da doutrina critica as concepções de Schumann, sob o argumento de que sua teoria busca arrimo na relação entre o autor e o terceiro, mas deixa de lado a configuração da própria conduta.

c) Adequação profissional (Hassemer)

Relativamente à teoria da adequação profissional, Danilo Lobato¹⁹⁴⁸ leciona que Hassemer deflagrou seus estudos sobre ações neutras tendo em conta as atividades bancárias que favorecem a realização de crimes fiscais por clientes de instituições financeiras, e quanto a isso teria assinalado que, para que se cristalizem minimamente condições de configuração de uma atividade criminosa de cumplicidade seria necessário que houvesse a construção de uma participação punível para os bancários, mas tal construção só se revelaria dogmaticamente plausível se os funcionários das instituições financeiras fossem admitidos como auxiliares dos órgãos estatais de prevenção e investigação criminal. Aduz ainda que o próprio Hassemer admite que tal extensão já vem ocorrendo nos casos concretos, mas argumenta que isso seria um equívoco frente ao direito penal tradicional. Pondere-se, contudo, que o direito penal econômico não guarda compatibilidade com a velocidade do direito penal clássico, razão por que os remédios jurídicos outrora utilizados por este têm se mostrado ineficazes para aquele.

1946 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 42.

1947 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamentos y límites*. Ob. cit., p. 104.

1948 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 57.

É necessário refletir que o tipo objetivo da cumplicidade não se configura apenas pela conduta principal e pela conduta acessória auxiliar, mas especialmente pelas limitações do injusto, entretanto, tais limitações não são apontadas na lei, mas na doutrina, de modo que somente podem ser admitidas como neutras as condutas que preenchem os pressupostos tradicionais do injusto da cumplicidade, mas que não se voltam a preencher qualquer objetivo injusto, isto sob a ótica de observador externo, o qual identifique tão somente uma ação cotidiana e normal, que não exige maiores explicações sobre o sentido para o qual foi realizada. Na mesma esteira, Melo Lima¹⁹⁴⁹ pondera que Hassemer teria aperfeiçoado a teoria da adequação social, por intermédio do conceito de adequação profissional, de modo que, estando a conduta do agente dentro do exercício normal de uma profissão, a mesma deve ser reputada penalmente atípica, por representar a fixação de limites ao direito penal frente aos espaços de normalidade cotidiana.

Segundo as lições de Robles Planas¹⁹⁵⁰ “*es socialmente adecuada la conducta de quien se comporta conforme a las normas o usos habituales em la actividad y a pesar de ello favorecer, conscientemente, um delito ajeno*”. E nessa mesma ordem de ideias, Ricardo Cardoso¹⁹⁵¹ pontua que no âmbito da vida cotidiana e da normatividade social existem um terreno concreto no qual a teoria da adequação social frutificou no direito penal, ainda que persista como um diamante bruto a ser lapidado, pois versa sobre comportamentos profissionais que auxiliam a concretização do injusto alheio. Agrega ainda que a teoria da adequação profissional busca reconstruir o conceito de uma adequação profissional sistêmica e precisa, tendo como referência um âmbito concreto, e posicionando a análise dos comportamentos ditos neutros sob a perspectiva de uma conduta profissional normatizado, mas sem constituir uma fórmula de caráter geral.

Preconiza Hassemer¹⁹⁵² que as condutas neutras, desde que sejam profissionalmente adequadas, não podem ser proibidas no plano do direito penal, de modo a se exigir a impunidade de tais comportamentos, inclusive quando quem as executa seja consciente de que um terceiro desviará esta ação para a prática de um delito. Entretanto, o jurista alemão excetua a regra da atipicidade penal em duas hipóteses, a saber: a) quando se trata de modificações de condutas habituais em forma de prestações novas e alheias à atividade, que

1949 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 38. No mesmo sentido: ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamentos y límites*. Ob. cit., p. 75.

1950 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamentos y límites*. Ob. cit., p. 97.

1951 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 133. No mesmo sentido: ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamentos y límites*. Ob. cit., p. 98.

1952 HASSEMER, Winfried *apud* ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamentos y límites*. Ob. cit., p. 99.

somente podem ser vitais como condições para a consecução de fins criminais; b) quando se trata da criação ou adaptação de atividades reguladas a finalidades não neutrais, ou a planos delitivos alheios.

Data maxima venia, as duas exceções propostas pelo eminente magistrado e jurista alemão não correspondem a condutas profissionais cotidianas, mas a simulacros de condutas profissionais, através dos quais os respectivos agentes tentarão ludibriar os agentes de investigação e persecução penal, por meio de autêntica estratégia de mascaramento. Quanto ao ponto, Limongi França¹⁹⁵³ há muito advertia que existem basicamente duas formas de violar a lei; às escâncaras ou fraudulentamente. Aduzia o festejado jurista bandeirante que “em sentido estrito, fraude é toda artimanha utilizada para prejudicar a outrem. Nessa acepção, como vimos, apresenta pontos de contato com o dolo. Apresenta também analogia com a fraude penal (CP, arts. 171 e ss) com a qual, entretanto, não se confunde”.

Conclusivamente, é imperativo reconhecer fissuras nas concepções de Hassemer quanto ao que seja “adequação profissional”, eis que: a) tenta solucionar o problema das ações neutras por meio de uma construção que é apenas um desmembramento da teoria da adequação social; b) tais concepções merecem críticas por sua acentuada ambiguidade quanto aos limites do que seja uma conduta “profissionalmente adequada”, sobretudo nas hipóteses em que o agente sabia que seu contributo seria desviado para a prática de evento delituoso; c) a fragilidade da teoria decorre, aparentemente, de um foco equivocado que defende com veemência que o ponto central do debate seja tão somente o tipo objetivo, e com isso tangencia por completo o tipo subjetivo; d) negar mínima atenção ao elemento subjetivo do tipo representaria nada menos do que um indesejável retorno ao causalismo.

d) Critérios quantitativos (Weigend)

Acerca da teoria dos critérios quantitativos, Luís Greco¹⁹⁵⁴ assinala que Thomas Weigend principia suas considerações revisitando as teorias já existentes sobre as ações ditas neutras. Destaca ainda que o mais severo defeito de tais construções consiste na pretensão de enunciar um critério qualitativo, capaz de distinguir univocamente ações puníveis e ações impuníveis, entretanto, todos os critérios qualitativos se revelam inadequados à realidade porque refletem apenas graduações, em vez da presença de determinada característica essencial à pretendida neutralidade da conduta. Nesse cenário, Weigend optou por assinalar

1953 FRANÇA, Ruben Limongi. Instituições de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 167.

1954 WEIGEND, Thomas *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 54-55.

um critério meramente quantitativo, e que seria proveniente de suas reflexões sobre a estrutura da cumplicidade, enquanto conduta auxiliar voltada a favorecer o cometimento de uma conduta principal de conteúdo típico e antijurídico.

Em apertada síntese, Weigend propugnava que quanto mais inofensiva for a ação, maior deve ser a eficácia facilitadora do fato principal, e para densificar suas ideias sugere três grupos de casos: a) as situações em que a contribuição do partícipe se restringe a fortalecer a decisão do autor, por meio de mero encorajamento (que carecem da eficácia facilitadora necessária para fundamentar a punição); b) as situações em que inexistirá punição porque o partícipe se limita a fornecer ao autor o substrato com base no qual este comete o delito (v. g., quem vende mercadorias a um fornecedor, que as revende sem recolher os impostos devidos); c) as situações em que o partícipe tão somente fornece ao agente principal um objeto facilitador da prática do crime, o qual pode ser adquirido pelo autor sem qualquer problema no comércio (v. g., o vendedor de ferragens, que desconhece que a faca por si comercializada será usada num homicídio).

Greco destaca que a teoria de Weigend ostenta alguns méritos, dentre os quais se destaca a capacidade de apontar o caráter completamente inofensivo de certas contribuições, e que inspira a busca por ausência de punição de ações neutras. Contudo, Ricardo Cardoso¹⁹⁵⁵ objeta que, embora almeje avaliar a cumplicidade por meio de uma avaliação quantitativa, a construção teórica de Weigend ostenta dois problemas basilares: a) a impropriedade da avaliação quantitativa, visto que no âmbito da teoria do delito inexistente quantificação da ação, em mais ou menos punição, mas apenas na imputabilidade ou inimputabilidade; b) a imprecisão para a avaliação quantitativa das fronteiras do ilícito, sobretudo pela inexistência de parâmetros para a aferição da ofensividade ou inofensividade da colaboração diante do caso concreto.

Acerca de tais críticas, Greco¹⁹⁵⁶ revela sua adesão ao aduzir que: a) no momento da aplicação da pena, o intérprete tem diante de si questões de mais e menos, razão por que pouco importa o se, mas sim o quanto; b) no plano da teoria do delito, as questões não são de mais ou menos punição, mas sim de punição ou liberdade, razão pela qual o recurso a critérios quantitativos se mostra insuficiente na medida em que se mostra necessário delimitar a fronteira entre a punição e a liberdade, e tal tarefa será necessariamente arbitrária; c) existe alguma imprecisão inerente a toda e qualquer avaliação quantitativa, e tal vício ocorre não apenas na fixação das fronteiras entre o lícito e o ilícito, mas nomeadamente na ocasião de

1955 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 137.

1956 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 56.

valorar as circunstâncias do caso concreto, pois é virtualmente impossível mensurar em que grau uma ação acessória favoreceu a concretização da conduta principal, e penalmente típica.

Com efeito, tem absoluta razão o jurista de Humboldt ao questionar se a venda de um machado pode ser admitida como uma ação bastante inofensiva, pois a estrutura, o peso, o material, e os fins para os quais foram concedidos aquele objeto jamais se relacionam com neutralidade, mas com indisfarçável lesividade, e nenhum lenhador seria capaz de contradizer esta assertiva. Portanto, é necessário admitir que as concretizações de Weigend quanto à teoria dos critérios quantitativos não se mostram muito convincentes, pois deveria ele ter aludido a casos através do quais pudesse cristalizar sua ideia, demonstrando em que medida uma conduta auxiliar tinha se revelado mais ou menos eficaz para a consumação de uma ação principal penalmente típica. Além disso, são imprecisas, pois a mera referência a algum “substrato sobre o qual o autor principal comete o delito” só se torna claro após a alusão ao crime de sonegação fiscal. Aliás, como bem destacado por Luís Greco¹⁹⁵⁷ (ainda que com alguma ironia), por substrato fornecido pelo colaborador é possível admitir até mesmo a entrega de um coquetel molotov ao agente principal, de modo que a teorização de Weigend se mostra insuficiente para aplacar o problema das ações neutras.

e) Ponderação objetiva dos interesses (Lüderssen)

Quanto à teoria da ponderação objetiva dos interesses, tal como concebida por Klaus Lüderssen, argumenta Ricardo Cardoso¹⁹⁵⁸ que o jurista de Frankfurt desenvolve uma concepção acerca das ações neutras segundo a qual estas normalmente correspondem a uma conduta omissiva, e por isso mesmo surge a necessidade de fundamentar um dever especial de agir, que qualifique o indivíduo como garantidor. Nessa ordem de ideias, a análise quanto à eventual punição por ato de cumplicidade através de ações ditas neutras teria nascido da observação das condutas de funcionários de bancos que ajudavam clientes a cometer delitos de sonegação fiscal, através de transferências bancárias de recursos financeiros ao exterior.

Ponderava Lüderssen que, somente se o agente estiver na condição de garante, poderá suportar alguma punição por sua conduta, de modo que se o funcionário não ostentar tal condição sua conduta omissiva se mostrará penalmente irrelevante, e por consequência será penalmente neutra. Por certo esta lógica jamais seria assimilada pelo gênio nova-iorquino

1957 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 57.

1958 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 137-138.

Stanley Martin Lieber, mais conhecido como Stan Lee¹⁹⁵⁹, pois, do contrário, jamais teria concebido a duríssima lição imposta a seu personagem Peter Parker, que teve a oportunidade de deter um assaltante em fuga, mas por vingança, optou por não fazê-lo, e minutos depois se deparou com seu tio moribundo, vítima de um disparo de arma de fogo realizado pelo mesmo assaltante que cruzara seu caminho minutos antes. Naquele momento, o jovem Peter Parker talvez tenha compreendido que “grandes poderes importam em grandes responsabilidades”¹⁹⁶⁰, e talvez também tenha percebido que, em alguma medida, todos nós somos garantidores da segurança e da estabilidade social.

Refletindo sobre a teoria da ponderação de interesses, Greco¹⁹⁶¹ argumenta se trata de situação análoga àquela de seu “Caso nº 6”¹⁹⁶², e assevera que algumas considerações de Lüderssen são mais um “experimento mental”¹⁹⁶³ sobre a punibilidade de ações neutras, eis que muitos dos casos de ações neutras são condutas omissivas, e por isso mesmo exigem que se fundamente um dever especial de agir, próprios da posição de garantidor, para que tais omissões sejam puníveis. Agrega ainda que o exemplo proposto por Lüderssen, e que teria favorecido um crime de sonegação fiscal, não justificaria punição a um funcionário bancário destituído da função de garante. Adverte mais que, ocorrendo uma conduta comissiva, será necessário solucionar o problema segundo os limites da punibilidade de ações neutras, e talvez por isso o jurista de Frankfurt teria revisitado as teorias clássicas, tais como a adequação social, e a proibição de regresso, e nelas teria observado a presença constante de juízos de ponderação, que o teriam impellido a optar pelo critério do aumento do risco

1959 Stan Lee, o principal criador de personagens do universo Marvel faleceu em 12 de novembro de 2018, aos 95 anos, ao longo dos quais se tornou um ícone da cultura pop não apenas por ter dado vida aos heróis que protagonizam histórias em quadrinhos, filmes e os sonhos de milhões de fãs. Disponível em <https://www.semprefamilia.com.br/frasesmensagens/10-frases-inspiradoras-de-stan-lee-o-criador-de-herois-da-marvel/>. Acesso em 16.05.2023.

1960 Há quem credite tais palavras a Voltaire, célebre pensador francês, e outros ainda ponderam que a advertência partiu da Bíblia, em cujo Evangelho de Lucas, mais precisamente no capítulo 12, versículo 48, se colhe que “daqueles a quem foi confiado muito, muito mais será pedido”. Contudo, inobstante sua origem recente ou remota, a frase se notabilizou em 1962, quando publicada no 15º volume de *Amazing Fantasy*, logo no episódio do Homem-Aranha, quando Peter Parker descobriu, com a morte de seu tio, que tinha o dever de impedir a fuga de um assaltante. Refletiu o jovem Parker, naquele momento de dor: “É minha culpa, é tudo minha culpa! Eu não quis deter o canalha quando eu pude! E agora, Tio Ben está morto (...). Disponível em: https://marvel.fandom.com/pt-br/wiki/Amazing_Fantasy_Vol_1_15. Acesso em: 16.05.2023.

1961 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 57-58.

1962 “Caso 6 (BGHSt 46, 107). Para não pagar os impostos devidos, deseja A transferir grande soma de capital para o exterior. B, funcionário de seu banco, dá-lhe assistência nesse empreendimento, de modo a ocultar a transferência. Primeiramente, faz um depósito deste dinheiro não sob o nome de A, mas sob um nome código de conhecimento apenas do banco, em outro banco associado; depois, realiza um saque de todo o dinheiro que A desejava transferir; por fim, deposita o dinheiro em um banco no exterior” (GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Ob. cit., p. 03).

1963 LÜDERSEN, Klaus. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*. In: SAMSON et (ed.). *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 350 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 57.

juridicamente desaprovado, como resultado de uma ponderação de interesses em conflito, vale dizer, de um lado, o valor do bem jurídico ameaçado; e de outro, a maior ou menor distância que separa a ação do bem jurídico protegido. Destarte, quanto mais valioso seja o bem jurídico tutelado, maiores deverão ser os esforços para mitigar os perigos potenciais que sobre ele recaiam.

De fato, o exemplo da sonegação fiscal, tal como proposto por Lüderssen, reflete a colisão de interesses entre a livre circulação de capitais no espaço comum europeu, de um lado, e os interesses de algum Estado europeu em particular, em busca de incrementar suas receitas tributárias. E no cotejo entre tais interesses, o autor da teoria se posiciona favoravelmente à ausência de punibilidade ao funcionário do banco. Com efeito, ainda que a teoria em exame ostente o mérito de assinalar a necessidade de partir de uma ponderação, é igualmente certo que o método proposto se esgota no aludido juízo de ponderação, e isso ocasiona uma transferência de encargo aos juízes, os quais terão que, casuísticamente, decidir sempre a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Nessa linha de pensamento, Ricardo Cardoso¹⁹⁶⁴ adverte com acerto que “a ponderação, em que pese permear o direito penal, a exemplo da proteção dos bens jurídicos e o direito à liberdade, não poderá servir de fundamento, mas tão somente como meio, sendo papel da dogmática fundamentar uma punibilidade. Nesse sentido, a ponderação é algo vazio, não satisfazendo às exigências de segurança jurídica (...)”. Luís Greco¹⁹⁶⁵ também se acosta à crítica, e o faz através de três questionamentos talvez irretorquíveis: a) se pudéssemos resolver tudo através de uma vaga ponderação, para que precisaríamos de dogmática?; b) para que conceituar um instituto, se o que interessa é uma ponderação?; c) para que separar tipo de antijuridicidade e de culpabilidade, se tudo não passa de uma ponderação?

Conclusivamente, tem-se por certo que a teoria da ponderação objetiva de interesses se mostra insuficiente para aplacar o problema das ações neutras porque: a) a ponderação não satisfaz às exigências de segurança jurídica impostas como condição de incidência do poder punitivo estatal; b) trabalhar com o valor do bem jurídico importa em conduzir o problema para a parte especial dos códigos penais, a qual fixa critérios distintos para punição, caso a cumplicidade se refira a um crime contra vida, a um crime contra o patrimônio, ou a um crime contra a liberdade sexual, dentre outros tantos valores; c) admitir certos casos de condutas neutras como omissões, a partir da gravidade do juízo de reprovação, se revela como uma moldura vazia, eis que a aludida gravidade permitiria uma valoração um tanto volátil, e por

1964 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 138.

1965 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 60.

isso mesmo não traduziria a necessária segurança para converter ações em omissões, e para conferir impunidade a quem viesse a adotá-las.

f) Cursos causais hipotéticos (Lowe-Krahl)

A teoria dos cursos causas hipotéticos foi concebida por Oliver Lowe-Krahl, em 1990, focando o problema das ações neutras no campo restrito da sonegação fiscal, por meio de transações financeiras. Com efeito, tal teoria se ampara na possibilidade do sujeito principal prescindir ou não da contribuição do participante para a prática do evento lesivo. Imagine-se que um indivíduo procure uma loja de ferragens para comprar um serrote, e ali revele ao vendedor que tenciona matar alguém com aquele instrumento. Imagine-se igualmente que na mesma rua existam diversas outras lojas de ferragens, onde objeto idêntico poderia ser comprado. Pondera Luís Greco¹⁹⁶⁶ que o jurista de Kiel defende a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade como limitador do alcance da tutela penal, mas assinala que a idoneidade da contribuição como fator preponderante, vale dizer, se o agente principal puder conseguir o favorecimento almejado junto a qualquer outra pessoa, a conduta do interveniente não deve ser reputada perigosa ao bem jurídico tutelado. Por outro lado, entende que a punição do partícipe ostentará legitimidade se o mesmo adequar seu contributo ao futuro cometimento do fato delituoso, destacando-se que tal ajuste não precisa necessariamente ser individual. Aliás, basta a disponibilização de uma estrutura que facilite a prática criminosa, tal como se verifica através de certos procedimentos bancários altamente anonimizados.

Vale observar que Löwe-Krahl¹⁹⁶⁷ desenvolveu sua teoria a partir das reflexões de Frisch sobre a necessidade de impor limites à lei penal por meio do princípio da proporcionalidade, o qual é composto por três subprincípios, dentre os quais o da idoneidade, o qual normalmente se evidencia nas ações neutras. Assim, caso estas fossem proibidas, os bens jurídicos estariam eficazmente tutelados. E quanto à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito, estes tornariam duvidosa a punição, na medida em que o sujeito principal poderia facilmente se valer da colaboração de outro sujeito que estivesse disposto a realizar a mesma conduta favorecedora. Nessa ordem de ideias, se uma contribuição é obtida em momento muito anterior ao fato do agente principal, e este pudesse alcançá-la em qualquer

1966 LÖWE-KRAHL, Oliver. *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*. Stugart: Richard Verlag, 1990. p. 38 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 62-63.

1967 LÖWE-KRAHL, Oliver. Ob. cit., p. 39-40 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 62-63.

outra parte, junto a um colaborador que desconhecesse sua intenção malfazeja, tal contribuição não pode ser reputada perigosa ao bem jurídico.

Aduz Danilo Lobato¹⁹⁶⁸ que a teoria do jurista de Kiel elenca cinco critérios para a aferição da responsabilidade penal de funcionários bancários por eventual colaboração a operações ilegais implementadas por seus clientes: a) a observância das regras e regulamentos deontológicos afasta a punibilidade; b) os agentes auxiliares estarão igualmente isentos de punição quando tiverem atuado dentro dos limites profissionais e a pretendida colaboração puder ser obtida pelo cliente em outra instituição financeira, sem levantar suspeitas sobre a ilicitude da pretensão do agente principal; c) o funcionário bancário poderá ser penalmente responsabilizado se adaptar visivelmente a sua conduta às necessidades e ao propósito criminoso do cliente; d) o agente bancário também estará sujeito à responsabilização penal se dispuser do monopólio da conduta contributiva necessária para que o cliente consiga consumir seu pretendido delito; e) a punição do agente bancário será cabível sempre que este ocupar a posição de garante do bem jurídico, segundo as regras dos delitos omissivos impróprios.

Lobato adverte ainda que o jurista de Kiel reconhece que essa problemática diz respeito à limitação da abrangência conceitual do § 27 do StGB, razão por que o suporte jurídico somente pode ser buscado na parte geral do aludido diploma, eis que se mostra especialmente relevante a concepção do direito penal enquanto *ultima ratio*. Bem por isso, a punibilidade do colaborador não pode estar justificada apenas pela subsunção de sua conduta ao tipo objetivo, e por consequência, devem ser levados em consideração os cursos causais hipotéticos no âmbito da imputação objetiva do resultado. Aliás, com o propósito de sedimentar sua teoria Löwe-Krahl argumenta que se todo profissional que conhecer intenções delituosas de um cliente for considerado punível, a ilicitude da conduta de favorecimento estará justificada tão somente a partir de um dado meramente subjetivo, além do que condutas exteriormente idênticas serão aquinhoadas com tratamentos jurídico-penais distintos, eis que a causalidade de uma delas terá decorrido de algum conhecimento especial.

Data maxima venia, o reforço argumentativo de Löwe-Krahl mais fragiliza do que reforça sua concepção de que a sanção do agente só se justifica a partir do “direito penal do fato”, segundo o qual o arguido deve ser punido pela ação que praticou, não por seu passado, nem por sua conduta pessoal ou por seus valores morais, por piores que sejam, e tampouco pelos riscos que possa representar à sociedade. Na verdade, apesar da busca da dogmática por

1968 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 52-53.

racionalizar critérios para limitação do *jus puniendi*, ao que parece a teoria do bem jurídico tem servido de lastro para a expansão do poder punitivo estatal, como que ignorando o alerta de Claus Roxin, segundo o qual “a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal (...). A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido”¹⁹⁶⁹. De fato, a prevalecer o argumento de Löwe-Krahl ter-se-ia um autêntico retorno ao causalismo, pois o elemento subjetivo do tipo estaria sendo colocado em posição subalterna, senão mesmo inexistente.

Igualmente crítico, se posiciona Melo Lima¹⁹⁷⁰ ao argumentar que tal teoria sofre críticas porque os cursos causais hipotéticos não afastam a reprimenda penal, sob pena do cúmplice que decide violar a lei penal invoque em seu prol o argumento um tanto cínico de que se ele não realizasse a conduta auxiliar, outro a desempenharia em seu lugar. Em reforço argumentativo, Sousa Mendes¹⁹⁷¹ adverte que em tal hipótese há de ser aplicado o princípio da assunção, segundo o qual “cada sujeito é responsável pelas suas ações, incluindo os seus resultados, sendo totalmente irrelevante que estes se tivessem produzido inevitavelmente também na falta da sua ação, por força de um processo causal virtual”. Aderindo às críticas, Ricardo Cardoso¹⁹⁷² assinala que a construção de Löwe-Krahl é censurável em função do majoritário reconhecimento de que os cursos causais hipotéticos são irrelevantes para o critério da imputação.

Finalmente, e em preciso arremate, Luís Greco¹⁹⁷³ pondera parecer estranho que das três componentes do princípio da proporcionalidade, Löwe-Krahl considere satisfeita justamente a idoneidade, pois aparentemente o problema é que, em diversos casos, tornar prosritas as ações neutras não consistirá em meio idôneo para proteger o bem jurídico, especialmente porque o agente principal pode obter uma tal contribuição em qualquer outro lugar. Agrega ainda o jurista de Humboldt, que a teoria dos cursos causais hipotéticos tem sido bastante criticada por diversos expoentes da doutrina alemã¹⁹⁷⁴, os quais destacam a insignificância

1969 ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 16.

1970 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 43.

1971 MENDES, Paulo de Sousa. O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 16. n. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2008. p. 167.

1972 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 139.

1973 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação. Ob. cit., p. 64.

1974 WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. München: Beck, 1996. p. 78-79; AMELUNG, Knut. *Die “Neutralisierung” geschäftsmässiger Beiträge zu fremden Straftaten in Rahmen des Beilfetatbestands*. In: SAMSON et (eds.). *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 14;

dos cursos causais hipotéticos para que se possa aferir se o risco criado é juridicamente desaprovado. Afinal, por força do princípio da assunção, ninguém pode deixar de cumprir suas obrigações e violar a lei penal apenas porque outra qualquer pessoa, em condições similares, estaria disposta a fazê-lo. Portanto, para converter uma atuação de cumplicidade em comportamento neutro, seria necessário não apenas excetuar o dito princípio, mas fazê-lo igualmente sem recurso ao subjetivismo ou ao mero arbítrio do intérprete, e em sintonia com outras valorações superiores.

g) Cursos causais hipotéticos e proporcionalidade (Greco)

Luís Greco¹⁹⁷⁵ principia sua construção teórica definindo como “neutras aquelas contribuições a fato ilícito que, à primeira vista, pareçam completamente normais. Tudo aquilo que, num primeiro contato, superficial, é verdade, pareça irrelevante para o direito penal, tenha um aspecto inocente, inofensivo, seja dotado daquela aura angelical do que é socialmente adequado, tudo isso será uma ação neutra”. Entretanto, reconhece igualmente a necessidade de fixar uma regra de decisão para casos de dúvida, em favor dos quais ele confere certa presunção de neutralidade, razão por que propõe nova definição mais objetiva, segundo a qual “ações neutras seriam todas as contribuições a fato ilícito alheio não manifestamente punível”. Adiante, Greco pontua que a doutrina se divide nas propostas de solução do problema da eventual tipicidade penal das ações cotidianas, pois uma parcela majoritária sugere que a chave se encontre na antijuridicidade, enquanto o segmento minoritário sustenta que o desenlace estaria na culpabilidade.

Danilo Lobato¹⁹⁷⁶ asseverou em 2010 que, até aquela ocasião, o jurista de Humboldt teria sido o único brasileiro a tentar solucionar o problema das ações neutras a partir de uma teorização própria. De fato, Greco adota três premissas basilares, a saber: a) por força do princípio da proporcionalidade a lei penal só pode limitar a liberdade das pessoas se tais restrições forem idôneas e adequadas ao fim proposto; b) tais proibições, mesmo que admissíveis, têm que ser gravosas apenas no grau mínimo necessário; c) é necessário fazer uma ponderação dos valores em colidência. Apesar disso, Greco aparentemente tem consciência de que o princípio da proporcionalidade talvez não seja suficiente para ofertar soluções plenas na seara penal, pois não raro, realiza valorações um tanto vagas, além do que

AMBOS, Kai. Bihilfe durch Alltagshandlungen. In: JA, 2000. p. 723 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação. Ob. cit., p. 64.

1975 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 110.

1976 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 70.

admite a existência de casos extremos, para os quais o legislador não teria dado solução, e que precisam ser resolvidos pelo judiciário, com recurso ao princípio da proporcionalidade como vetor interpretativo.

Deixando clara sua posição pessoal, e após argumentar que um dos maiores progressos trazidos pela teoria da imputação objetiva foi ter retirado do tipo subjetivo uma série de problemas insolúveis a partir da culpabilidade e ter apontado soluções a partir da antijuridicidade, Greco¹⁹⁷⁷ assevera que “grande parte dos casos de desvios causais é, na verdade, não um problema de dolo, mas de tipo objetivo. É função do tipo objetivo, e não do subjetivo, definir os limites externos do proibido e do permitido”. Invocando o clássico exemplo do vendedor de ferramentas que é demandado a vender um machado a um cliente que já planejou o homicídio da própria esposa, Greco alega que se o caso for resolvido a partir do tipo objetivo, nada mais resta ao tipo subjetivo, pois se o vendedor tiver conhecimento do propósito criminoso do agente principal terá agido dolosamente, e se não tiver conhecimento sua ação terá sido culposa, pois criou um risco desaprovado. Além disso, critica o pensamento de Roxin sobre limitar o alcance do dolo eventual recorrendo ao princípio da confiança, eis que compreende que o tal princípio da confiança exclui por completo o tipo objetivo, e assim elimina desde já a possibilidade de constituição do tipo subjetivo.

Embora afirme categoricamente que o problema das ações neutras deve ser resolvido a partir do tipo objetivo, Greco¹⁹⁷⁸ reconhece que este não é um “bloco monolítico”, mas sim um subsistema integrado por diversos elementos, dentre os quais a ação, o resultado, o nexos de causalidade entre ambos, e a imputação objetiva, mas pondera que à exceção desta última, todos os demais estão presentes na totalidade dos casos das ações ditas neutras. Diante disso, conclui que o problema reside no âmbito da imputação objetiva, e que esta impõe três requisitos para que uma ação geratriz de um resultado seja penalmente típica: a) a ação deve criar um risco, b) o risco deve ser juridicamente desaprovado, c) tal risco juridicamente proibido deve se realizar no resultado. Por outro lado, para delimitar o conceito de risco, sugere a adoção do critério de prognose póstuma-objetiva, derivado da teoria da adequação, segundo o qual uma ação será arriscada se no momento de sua realização traz consigo uma possibilidade de produzir dano, sob a ótica de um homem prudente e dotado de conhecimentos especiais. Por isso, o exemplo do sobrinho ganancioso que despacha o tio rico numa viagem aérea e que nutre o desejo que o avião venha a cair, efetivamente corresponde a uma ação penalmente neutra porque, aos olhos do homem prudente, tal conduta se mostra

1977 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 115.

1978 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 116-118.

insuficiente para gerar um risco juridicamente desaprovado. Contudo, se o tal sobrinho souber da existência de uma bomba no avião, e ainda assim vier a conduzir o tio até o portão de embarque no aeroporto, estará realmente criando um risco desaprovado.

Greco¹⁹⁷⁹ adverte que a valoração do risco que o caracterize como permitido ou proibido pressupõe uma ponderação entre o interesse geral da liberdade e o interesse de proteção de bens jurídicos, mas para que tal ponderação não seja feita de forma intuitiva, e somente quando o magistrado se depara com o caso concreto, é preciso manejar critérios objetivos, tais como a violação de norma técnica, o princípio da confiança, a valoração própria do homem prudente, dentre outros. Além disso, sustenta que o problema da proibição de ações neutras é um problema de desvalor da ação, razão por que não deve ser enfrentado no campo da realização de risco, pois este diz respeito ao desvalor do resultado. E sobre a pretendida restrição de punibilidade das ações ditas neutras, o jurista de Humboldt assinala que o risco será permitido ou proibido, conforme o fundamento da punição esteja ausente ou presente.

Data maxima venia, o critério apontado se mostra demasiado vago, e por isso mesmo insuficiente, especialmente quando versa sobre questão crucial apontada como terceira diretriz pelo próprio autor da teoria. Ora, conquanto não existem condutas que sejam neutras de *per se*, fará toda diferença esclarecer que grau de conhecimentos o agente colaborador detinha quando praticou a ação, inclusive porque esse grau de conhecimento permitirá extrair não apenas os motivos da conduta, como também a intenção do agente. Com efeito, aquele que vende a um freguês um doce inoculado com arsênico, mas que ignora completamente tal circunstância, jamais poderá ser responsabilizado pela morte do freguês da confeitaria, entretanto, o balconista que vende precisamente o mesmo doce, que foi adrede preparado para que fosse servido a uma cliente em particular, obviamente não estará cometendo uma ação neutra, ainda que externamente ambas as condutas sejam objetivamente idênticas. Dito de outro modo, vender um doce sequer gera risco (salvo a um cliente diabético), mas vender doce envenenado com arsênico gera risco absoluto (e juridicamente proibido) à vida de quem vier a consumi-lo.

Nessa mesma linha de pensamento, Danilo Lobato¹⁹⁸⁰ assevera que a teoria proposta por Greco se mostra deficiente por não esclarecer quem irá determinar a relevância ou não, da idoneidade da proibição. Aduz ainda que “a princípio, parece que caberá ao ‘prudente arbítrio’ do juiz, em cada caso concreto, responder a tal indagação”. Demais disso, o recurso

1979 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 120-121.

1980 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 73.

ao princípio da idoneidade para separar riscos permitidos de riscos proibidos se mostra igualmente insuficiente para resolver todos os problemas de cumplicidade por meio das ações ditas neutras, como no exemplo do devedor que paga sua dívida a um credor momentaneamente falido, mesmo sabendo que usará o numerário para comprar um arma e matar um de seus inimigos. Aliás, enfrentando analiticamente o mesmo exemplo, Fonseca de Aguilár¹⁹⁸¹ esclarece que “a punição é, para Greco, um resultado intuitivamente insatisfatório. Greco afasta-se, aqui, de sua própria teoria, confessando sua incapacidade de resolver este caso. Propõe, então, que o juiz no caso concreto exclua a cumplicidade, interpretando restritivamente o conceito de auxílio, para afirmar que pagamento de dívidas juridicamente válidas e exigíveis não configuram auxílio, ou considerar esta conduta socialmente adequada ou coberta por um risco permitido. E recorre, então, a estes *topoi* vazios não reveladores dos verdadeiros fundamentos da absolvição, porque uma fundamentação deficiente é mal menor que uma condenação manifestamente injusta”.

6.3 Ações neutras e tipicidade subjetiva

Uma vez examinadas as quatro teorias clássicas e as sete teorias modernas que buscavam fundamentar a neutralidade de determinados comportamentos a partir do elemento objetivo do tipo, serão examinadas doravante duas construções teóricas que têm foco no tipo subjetivo, e segundo as quais se mostra impossível elidir a circunstância fática de que o colaborador efetivamente facilitou o cometimento da conduta do agente principal, e com isso preencheu o elemento objetivo do tipo penal. Contudo, a partir da aferição do conhecimento e da vontade, sustentam ser possível afastar a punibilidade de determinadas condutas reputadas neutras, desde que não tenham sido preenchidos os requisitos próprios do tipo subjetivo. Destarte, passemos ao exame das concepções de Harro Otto e Grace Marie Luise Schild-Trappe.

6.3.1 Ausência de punição do dolo eventual (Otto)

Luís Greco¹⁹⁸² pondera que Harro Otto almeja solucionar o problema das ações neutras mediante a aferição do grau de dolo presente na conduta do agente responsável pela contribuição ao sujeito principal, vale dizer, busca identificar se o comportamento

1981 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 246-247.

1982 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 65.

favorecedor contou com dolo direto ou com dolo eventual. Para o jurista de Marburg, se o sujeito colaborador tiver agido com dolo direto, e a partir de um conhecimento seguro da pretensão engendrada pelo agente principal, efetivamente existirá uma cumplicidade punível, entretanto, caso tenha agido apenas com dolo eventual sua conduta será impunível. Argumenta ele que subsistindo apenas a consciência de perigo do futuro fato criminoso, há de prevalecer a liberdade do exercício profissional, pois se o legislador não vedou a prática de determinado ofício, se mostraria inadequado ameaçar com sanção penal o indivíduo que desempenha tal atividade sob a invocação de meros estados subjetivos de dúvida. Aduz mais que o destinatário da prestação do profissional tem o direito de obtê-la, e tal direito não deve ser recusado a partir de meras dúvidas quanto à idoneidade do cliente.

Ao que parece, Harro Otto não refletiu sobre a situação cada vez mais comum de dúvida proposital do agente colaborador, que pode e deve buscar informações mais precisas sobre a atividade, mas queda-se omissa. Com efeito, não é dado ao profissional o direito de ignorar deliberadamente suas eventuais suspeitas, sobretudo quando as informações que permitem dissipar as dúvidas sobre a idoneidade do cliente se encontrarem facilmente acessíveis, pois caso opte por permanecer no estado de dúvida estará se valendo da “cegueira deliberada”.

Tomando por base as concepções de Otto, o vendedor da loja de ferramentas que duvida que o cliente efetivamente deseja comprar um machado para rachar o crânio da esposa estaria isento de punição por cumplicidade, mas se tiver conhecimento seguro sobre esta intenção homicida do freguês, e ainda assim efetuar a venda, terá aderido à conduta criminosa do agente principal, e por isso mesmo será punível, a título de cumplicidade. Para densificar sua teoria, o jurista de Marburg propõe uma hipótese de cumplicidade psíquica, que restaria configurada por meio de um “favorecimento pessoal antecipado”, e para tanto cogita a situação em que o agente favorecedor assuma o compromisso de ajudar o sujeito principal a se safar da persecução penal após o cometimento de seu delito.

Danilo Lobato¹⁹⁸³ pontua que, segundo as concepções de Otto, o agente colaborador que não conhece, e que não tenciona fomentar o injusto alheio, não estará em situação de cumplicidade, mesmo que atue com dolo eventual no desempenho de ações profissionais adequadas, pois entende que os comportamentos cotidianos e profissionais que concebem o aumento de relações sociais com o autor do fato não representam favorecimento pessoal. Entretanto, Ricardo Cardoso¹⁹⁸⁴ adverte, acertadamente, que o esboço teórico de Otto não esclarece adequadamente a diferença de tratamento conferido ao agente colaborador que agiu

1983 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 75-76.

1984 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 140.

com dolo direito e àquele que atuou com dolo eventual, razão por que se acosta à crítica de Greco no sentido de que a diferença valorativa entre a situação de dolo direito e a situação de dolo eventual seria incapaz de justificar a punição do primeiro e a impunidade do segundo. De fato, o *discrímen* se mostra absolutamente incabível, pelo menos à luz do art. 18, inciso I do CPB, o qual rotula como igualmente dolosas as posturas do agente que quis o resultado ou que assumiu o risco de produzi-lo.

Reforçando as críticas lançadas contra esta construção teórica, Greco¹⁹⁸⁵ assinala que: a) a afirmação de que a liberdade de exercício da profissão deve prevalecer soa quase como um clichê, eis que poderia ser igualmente utilizada para fundamentar quaisquer outros critérios, ainda que dissociados da teoria de Otto; b) a diferença valorativa entre dolo direto e dolo eventual não justifica consequências jurídicas tão distintas e extremadas, que apontam para a punição de quem age com dolo direto, e impunidade para quem atua com dolo eventual; c) argumentar que deve permanecer impune aquele que se atém a seu papel, a pretexto de proteger a liberdade de exercício profissional, ou que seria excessivo restringir a liberdade profissional sem evidências de uma efetiva solidariedade ao injusto do terceiro, ou ainda que punir ações inofensivas e de diminuta eficácia facilitadora implicaria em restrição da liberdade do ofício profissional são assertivas que apontam para um único objetivo, qual seja o de reduzir as hipóteses de punibilidade.

Na mesma linha de pensamento, Thomas Weigend¹⁹⁸⁶ assevera que as tentativas de diferenciar entre cumplicidade punível e contribuições impunes das diferentes formas de dolo não podem convencer por várias razões. Inicialmente, falta um argumento sólido que justifique que só aquele que conta seriamente com a realização do delito, juridicamente, pode confiar que o autor não leve a cabo sua execução, ainda que os casos em que o cometimento do fato principal se apresente mais seguro o princípio da confiança não deve ser considerado. Ademais, o código penal alemão não vincula diferentes consequências jurídicas às diferentes formas de dolo, e o faz com razão, pois a sistematização das possíveis posições internas dos autores em relação com seu fato constitui, como se sabe, um dos problemas teóricos mais discutidos e difíceis da parte geral. Aduz mais que: a) na maioria dos casos, o legislador não estabelece qualquer diferença de tratamento para os casos de dolo direto e de dolo eventual, de modo que não se mostra convincente o argumento de que tal distinção ostente alguma

1985 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 66-67.

1986 WEIGEND, Thomas. *Los límites de la complicidad punible*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. v. 2. n. 10. Madrid: Uned, 2002. p. 201. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5050&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 19.05.2023.

relevância para o problema das ações neutras¹⁹⁸⁷; b) é questionável que se possa fundamentar uma tal disparidade de tratamento, a partir de duas espécies de dolo, sem que isso atraia uma espécie de direito penal de intenção¹⁹⁸⁸.

Finalmente, Greco¹⁹⁸⁹ pontua que a partir de investigações mais modernas, atribuídas a Frisch, Herzberg e Ingenborg Puppe, a própria distinção entre o dolo direto e o dolo eventual vem se mostrando cada vez menos sustentável, na medida que talvez só exista um conceito único, que corresponderia ao que é atualmente concebido como dolo eventual. Diante disso, arremata o jurista de Humboldt que a teoria que pretende isentar de pena os casos de dolo eventual não se mostra bem fundamentada, tampouco bem articulada, razão por que indica como única alternativa a de rejeitá-la como solução ao problema das ações neutras.

6.3.2 Necessidade de solidarização reconhecida pelo autor principal (Schild-Trappe)

Segundo Melo Lima¹⁹⁹⁰, a doutrina da solidarização com o injusto alheio se baseia na adesão do agente à conduta de outro participante ou coautor para a relevância penal da ação neutra, de modo que sendo constatado, no caso concreto, que o autor da ação aparentemente neutra se solidarizou com o injusto praticado por terceiro, a ele também deverá ser imputada a prática da infração penal, em comparticipação. Tal construção teórica foi desenvolvida pela suíça Schild-Trappe, em sua tese intitulada “Cúmplice inofensivo? Um estudo do fundamento e dos limites da assistência”, a qual foi publicada em 1995.

Danilo Lobato¹⁹⁹¹ aduz que, conforme as lições da jurista helvética, a mera adesão ou demonstração de solidariedade para com o delito alheio já afasta a neutralidade da conduta, notadamente quando as mesmas tenham influenciado na decisão em prol do cometimento criminoso, que já estava concebido em sua estabilidade e intensidade, entretanto, a cumplicidade secreta seria impunível, precisamente porque seu ponto central reside no desvalor da externalização do sentimento de solidariaedade à ação penalmente típica do agente principal, mas salienta que este precisa necessariamente reconhecer e aceitar a ajuda do cúmplice.

1987 WEIGEND, Thomas. Ob. cit. p. 208-209.

1988 WEIGEND, Thomas. Ob. cit. p. 202.

1989 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 68.

1990 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 42.

1991 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 79.

Luís Greco¹⁹⁹² argumenta que, refletindo sobre o problema da causalidade na cumplicidade, Shild-Trappe pontua ser necessário tomar a cumplicidade psíquica como o protótipo de cumplicidade punível, razão por que sua concepção contraria frontalmente a doutrina dominante, que não apenas endossa uma cumplicidade física, de auxílio material, como formulação básica do instituto, como ainda põe em dúvida a justificação da figura da cumplicidade psíquica. Aliás, quanto a esse ponto, o principal motivo para as críticas da doutrina seriam as suspeitas de que a cumplicidade psíquica seja usada pelos juízes para permitir a condenação em casos em que não se consegue provar a causalidade, todavia, a fissura desta concepção dominante se evidencia pela tendência em mitigar a dimensão dos elementos psíquicos, em prol dos elementos externos, materializados na conduta.

A jurista suíça aduz mais que a cumplicidade psíquica deve ser o menor denominador comum de todas as formas de cumplicidade, a qual é por ela definida como sendo “a interferência psíquica e dolosa, no plano emocional de um futuro criminoso, o qual já tomou a decisão de cometer determinado crime, mas ainda não o executou”¹⁹⁹³. Destarte, conquanto o cúmplice deve interferir na intenção do agente principal, este precisa não apenas ter conhecimento dessa contribuição, como também aceitá-la. E em busca de densificar seu pensamento, Shild-Trappe propõe o exemplo da empregada que deixa a porta aberta para que algum ladrão entre com mais facilidade, e assim o faz para se vingar de sua patroa, asseverando que em tal caso inexistirá cumplicidade punível¹⁹⁹⁴. De igual forma, entende ela que o empregado da fábrica de armas não será tido como cúmplice de um homicídio provocado pela arma fabricada por suas mãos¹⁹⁹⁵.

Melo Lima¹⁹⁹⁶ relembra que, para Schumann, o injusto na participação está no desvalor do ato, a partir do momento em que uma ação comporta um desprezo aos valores fundamentais do sentir jurídico, exteriorizando um desvalor socialmente insuportável, e isso se opera por meio da solidarização com o injusto do autor. Nessa ordem de ideias, Greco reconhece a proximidade dogmática entre as concepções de Shild-Trappe e Heribert Schumann, de vez que este também defende que a solidarização do cúmplice à conduta do agente principal seria o fundamento da punição daquele, a título de cumplicidade. Por isso, entende que será punível todo aquele que manifeste sua solidariedade ou aprovação ao agente

1992 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 69.

1993 TRAPPE, Grace Marie Luise Shild. *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*. Berna: Stämpfli, 1995. p. 97. *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 69.

1994 TRAPPE, Grace Marie Luise Shild. Ob. cit., p. 121 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 70.

1995 TRAPPE, Grace Marie Luise Shild. Ob. cit., p. 191 *apud* LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 80.

1996 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 42.

principal já decidido a praticar o fato criminoso, e assinala mais que a mera presença no local do fato já servirá como fundamento da cumplicidade, desde que o autor principal conheça o partícipe e possa se sentir motivado por sua presença. Nesse tocante, Shild-Trappe se posiciona de forma mais rigorosa, pois entende que: a) só será punível aquele que contribuir sabendo que o autor está decidido a cometer o delito; b) a cumplicidade pressupõe a existência de dolo direto, e não se contenta com o dolo eventual.

Dentre as críticas lançadas contra a teoria da solidarização, Greco¹⁹⁹⁷ sustenta que a jurista helvética não alcança a clareza desejável, pois considera suficiente o dolo eventual em relação a determinados fatos, acessórios ao crime principal cometido pelo autor, mas admite que o cúmplice dificilmente poderá ter conhecimento seguro a respeito do cometimento do delito pelo agente principal, razão por que seria suficiente a ocorrência de uma espécie de “dolo direto eventual”, mas em seguida reafirma a necessidade de dolo direto em relação ao fato principal. Acrescenta o jurista de Humboldt que, inobstante os esforços de Shild-Trappe para demonstrar como seus conceitos conseguem resolver, sem fricção, o problema das ações supostamente neutras, a partir dos conceitos por ela defendidos, uma cumplicidade através de ação neutra seria algo impensável, uma *contradictio in adjecto*, seja porque normalmente as condutas consistentes na venda de uma arma ou condução de um passageiro numa corrida de táxi serão impunes, seja porque o agente principal desconhece a solidarização que lhe presta o cúmplice, seja ainda porque o cúmplice atua apenas com dolo eventual, e este seria insuficiente para justificar a punição. Além disso, pondera Greco que a teoria da solidarização aparenta estar dissociada do ideário garantístico do Estado de Direito, eis que : a) o perigo que o cúmplice cria para o bem jurídico é relegado a um segundo plano; b) confere-se muito maior relevância a uma determinada disposição de ânimo do colaborador e ao conhecimento de tal solidariedade pelo agente principal; c) a preponderância deste dado subjetivo do autor principal para justificação da punibilidade do cúmplice não se mostra idoneamente fundamentada; d) a sua exigência de que o cúmplice atue pelo menos com dolo direto, também se mostra insuficientemente justificada¹⁹⁹⁸.

Aderindo às críticas, Miguel Reale Júnior¹⁹⁹⁹ pondera que não se pode punir o agente a título de cumplicidade se não há vontade comum, e nem mesmo conhecimento pelo autor da adesão do fornecedor dos meios para a prática do delito, o que importaria a um regresso ilimitado na corrente causal. Aduz mais que diversa seria a situação se o anfitrião do jantar,

1997 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 70-71.

1998 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 71-72.

1999 REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. Ob. cit., p. 322-323.

indagasse do padeiro qual o pão que a vítima gosta para oferecer-lhe com segurança uma porção de veneno que seria, sem dúvida, ingerida pela vítima, hipótese em que, efetivamente o padeiro estaria agindo com dolo eventual, por estar prestando uma assistência ao cometimento do delito sem ter domínio do fato, razão por que sua ação se enquadraria como participação na morte do convidado.

Ricardo Cardoso²⁰⁰⁰, por seu turno, alega que o desenvolvimento teórico de Shild-Trappe parece desprezar a existência ou não de um risco desencadeado ao bem jurídico, pelo comportamento do cúmplice, preocupando-se apenas com aspectos de ânimo, ou sobre a ocorrência do conhecimento do autor principal sobre a colaboração que lhe é prestada. Além disso, assinala as dificuldades da jurista suíça para justificar a diferença de punibilidade, conforme esteja presente o dolo direto ou o dolo eventual.

Finalmente, Danilo Lobato²⁰⁰¹ noticia as críticas de Roxin em desfavor da teoria da solidarização, ao argumentar que o mérito da tese de Shild-Trappe reside apenas na inovação de seu pensamento, eis que: a) a criação de novas ideias vale mais do que o que foi propriamente criado; b) a substância do comportamento punível da lesão ao bem jurídico é duvidosamente deslocada para uma mera expressão do pensamento.

Conclusivamente, tem-se por certo a insuficiência da teoria da solidarização ao injusto do autor principal para solucionar o problema dos comportamentos ditos neutros porque: a) não é razoável afirmar a ocorrência de um contributo relevante para lesão de um bem jurídico, tão somente a partir de um elemento psíquico do suposto agente colaborador, inclusive pelas dificuldades práticas de demonstrá-lo no plano comportamental concreto; b) na medida em que a doutrina penal moderna caminha para a construção de um conceito unívoco de dolo, é forçoso observar aparente fragilidade numa construção teórica que sustenta punição ao aderente que atua com dolo direto, mas que apregoa impunidade ao colaborador que atua com dolo eventual; c) admitindo como suficiente à cumplicidade uma solidarização psíquica, ainda que esta fosse palpável à luz do caso concreto, seria virtualmente impossível comprovar a existência simultânea de que o agente principal detinha conhecimento e aceitação da tal colaboração.

2000 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob, cit., p. 141.

2001 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob, cit., p. 79-80.

6.4 Ações neutras conforme as teorias mistas

Conquanto examinadas as onze principais teorias que propõe a solução do problema das ações ditas neutras, a partir do tipo objetivo, bem como as duas principais construções teóricas que sugerem a solução por meio do tipo subjetivo do agente colaborador, doravante serão examinadas as chamadas teorias mistas, a saber: a) teoria da inidoneidade da proibição (Wolfgang Frisch), b) teoria dos conhecimentos especiais do agente (Claus Roxin), c) teoria da ponderação de interesses (Marcus Wohleben), d) teoria do juízo de periculosidade do favorecimento (Jon-Mirena Landa Gorostiza); e) teoria das prestações de importância existencial (Knut Amelung). É oportuno ponderar, contudo, que relativamente à primeira das teorias mistas ora assinaladas, Fonseca de Aguilar²⁰⁰² a insere não apenas no rol das concepções de tendencial impunidade, mas ainda a compreende como uma teoria que busca a solução a partir do tipo objetivo.

O jurista português sustenta seu ponto de vista argumentando que “procura Frisch concretizar a dita relação delitiva de sentido objectivamente entendida. Avança o autor com vários critérios. O primeiro deles é o de ‘uma especialmente estreita vinculação espaço-temporal’. (...) Contudo, fora da proximidade temporal ao facto, o critério para identificar a referência do sentido delitivo não pode assentar na exigência de as prestações ou objectos ‘apenas se poderem empregar delitivamente’. Isso seria, com efeito, demasiado exigente, na medida em que todos os bens ou serviços livremente acessíveis, os mais comuns nos negócios cotidianos, podem utilizar-se também, lícitamente, para além de poderem não utilizar-se sequer de todo (...). Seria, assim, errado avançar como critério com a destrição entre prestação aproveitável, ou não aproveitável, por um terceiro exclusivamente de modo delitivo”²⁰⁰³. Além disso, assinala que as construções teóricas de Roxin, Wohleben, e Landa Gorostiza se revelam como sendo de punição moderada²⁰⁰⁴.

2002 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade. 1. ed. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 1104.

2003 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob, cit., p. 180.

2004 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob, cit., p. 1106.

6.4.1 Inidoneidade da proibição (Frisch)

Em obra publicada no ano 2000, e que foi dedicada à análise de teoria da imputação objetiva, Wolfgang Frisch²⁰⁰⁵ preconiza que tanto o reconhecimento à limitação de direitos e liberdades, quanto a desaprovação de determinadas condutas, integram os limites relativos à ponderação de interesses, segundo a qual somente se justificam quaisquer restrições à liberdade do indivíduo quando estas forem destinadas à conservação de bens e liberdades superiores, vale dizer, é preciso que os motivos que impõem a restrição sejam não apenas idôneos, como igualmente necessários. Por outro lado, conforme já pontuado no tópico destinado à teoria dos cursos causais hipotéticos, a idoneidade figura como um dos subprincípios da proporcionalidade, que segundo as lições de Robert Alexy²⁰⁰⁶, expressa a pretensão de alcançar a maior realização possível, de acordo com as possibilidades fáticas.

Aliás, acerca desse tema o jusfilósofo de Göttingen assinala que o Tribunal Constitucional Alemão declarou inconstitucional determinada lei que exigia a prova de conhecimentos técnicos comerciais por aqueles que desejassem instalar uma máquina de tabaco em suas lojas. A Corte admitiu que aquele diploma normativo impunha limites desproporcionais à liberdade de profissão e ofício, tal como assegurado pelo art. 12, nº 1, da Lei Fundamental Alemã²⁰⁰⁷, isto a partir da percepção de que, no caso do estabelecimento onde se havia instalado a máquina de tabaco, a prova de conhecimentos comerciais específicos se mostrava inidônea para proteger os consumidores de eventuais danos econômicos ou à saúde.

Luís Greco²⁰⁰⁸ pondera que as concepções de Frisch abordam o problema das ações ditas neutras em sua teoria geral do comportamento típico, a partir da criação de um risco juridicamente desaprovado, razão por que o núcleo de sua construção consiste em que um comportamento só será penalmente típico se a proibição imposta pela norma penal se mostrar suficientemente idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos. Por isso mesmo, seu sistema é erigido a partir de três espécies de condutas que podem ser tidas como típicas: a) condutas que geram um perigo direto ao bem jurídico; b) condutas que geram um

2005 FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva: estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000. p. 64

2006 ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. v. 22, n. 66, set./dez. 2002. p. 27.

2007 ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Artigo 12 (Liberdade de escolha da profissão). nº 1: Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20.05.2023.

2008 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 74.

perigo se combinados com a conduta da vítima; c) condutas que precisam ser combinados à conduta de terceiro. Além disso, ao aprofundar o exame deste terceiro grupo de comportamentos, Frisch percebeu que as condutas de terceiros que ocasionem um perigo a algum bem jurídico só serão proibidas se já forem, em si, dotadas de sentido delitivo, assim compreendidas como “aqueles comportamentos que se mostram justamente funcionais no sentido de possibilitar ou facilitar comportamentos delitivos de terceiros, que destes recebem o seu significado, e que muitas vezes esgotam seu sentido no facilitar ou possibilitar o comportamento delitivo de terceiros”. Nessa ordem de ideias, dotadas de sentido delitivo seriam “aquelas prestações de terceiros que não tenham sentido, a não ser como ajuda para um crime, que só podem ser compreendidas como ajuda para um crime”²⁰⁰⁹.

Assim, é possível extrair a inferência de que o jurista de Nuremberg busca cristalizar o conceito de sentido delitivo a partir das características seguintes: a) ideia da proximidade ao fato principal (tal como sugerido por Schumann); b) adaptação do comportamento do agente colaborador às necessidades do agente principal; c) presença de certo aspecto no comportamento que, levando em conta as circunstâncias fáticas do caso, só pode ser explicado definitivamente se a conduta do partícipe tiver essência delituosa.

Nessa esteira, a essência do sentido delitivo residiria na ideia de que proibir ações dele carecedoras não representa um meio idôneo para proteger bens jurídicos, eis que o agente do fato principal poderia consegui-las em qualquer outra parte, mediante o auxílio de um terceiro que ignorasse seus planos. Por outro lado, Frisch perquire a si mesmo sobre a possibilidade de reputar proibidos certos comportamentos destituídos de qualquer sentido delitivo, assim percebidos os negócios normais da vida cotidiana, mas logo em seguida conclui negativamente, e para tanto sustenta que ações carecedoras de sentido delitivo são penalmente atípicas, salvo se existirem razões especiais para tanto, tal como se observa quando o agente colaborador exerce a função de garante, ou quando se verifica a violação de uma norma geral de solidariedade (v. g., omissão de socorro ou omissão do dever de reportar a ocorrência de um crime, tal como previsto no art. 269 do CPB).

Ricardo Cardoso²⁰¹⁰ pondera que a construção dogmática de Frisch se apresenta como uma teoria objetiva, entretanto, a ideia de sentido delitivo da conduta revela a necessária análise subjetiva da conduta, razão pela qual é compreendida como uma teoria mista. Noutro giro, o sentido delitivo da contribuição prestada pelo agente colaborador residiria

2009 FRISCH, Wolfgang. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*. In: *Festschrift für Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002. p. 545 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 73-74

2010 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 143.

essencialmente no dolo normativo, como expressão do sentido de compromisso para com a produção do resultado.

Seguindo a mesma trilha, Danilo Lobato²⁰¹¹ conclui que “o sentido delitivo nada mais é do que a vontade consciente do cúmplice em aderir à execução criminosa do autor, ou seja, é um critério subjetivo, pois está no ânimo, no interior do cúmplice”. Acrescenta Lobato que a dependência do conceito de sentido delitivo ao ânimo do cúmplice é tão forte que Frisch colaciona a hipótese de que haja a entrega de uma faca a uma pessoa, em pleno momento em que se encontre travando uma briga, mas adverte sobre a possibilidade de que a conduta não ostente sentido delitivo caso a faca tenha sido fornecida para permitir a legítima defesa por parte de um dos contendores que esteja em desvantagem na refrega.

Argumenta Greco²⁰¹² que, em seu sofisticado raciocínio, Frisch parte do princípio de que as ações ditas neutras são penalmente típicas, todavia, em alguns casos podem gerar perigo a alguns bens jurídicos fundamentais, razão por que, nessas hipóteses, o ordenamento jurídico exige dos cidadãos uma ação positiva, uma prestação de solidariedade, sob pena de omissão de socorro ou de omissão de comunicação de crime, tal como se observa no § 138 do StGB. E para explicar como a violação de uma norma de solidariedade justifica a punição de crimes omissivos impróprios e de crimes de resultado, a título de cumplicidade, num delito de homicídio, o jurista de Göttingen propõe um exemplo que versa sobre o instituto do estado de necessidade. Para tanto, sugere que o indivíduo A esteja se afogando, e para salvá-lo, o indivíduo B toma o barco do indivíduo C, o qual deverá ser obrigado a tolerar esta intervenção contra seu patrimônio porque B estaria atuando em estado de necessidade e C estaria vinculado a um dever geral de solidariedade. Entretanto, caso o indivíduo C viole ativamente tal dever de solidariedade e expulse de seu barco o indivíduo B, ponderável parcela da doutrina aponta que C deverá responder não apenas pelo crime de omissão de socorro, mas igualmente por um homicídio comissivo, eis que veio a interromper um curso causal salvador, e que culminou na morte do indivíduo A. Nessa ordem de ideias, a malfeição de um dever geral de solidariedade através de uma conduta comissiva pode justificar a punição do agente colaborador (nesse caso, agente dificultador), pela prática de um delito comissivo de resultado.

Transplantando o mesmo raciocínio para a omissão de socorro de uma vítima que se encontre em grave e iminente risco de vida, o responsável pela ação neutra estará obrigado a ajudar a vítima, desde que seja possível fazê-lo sem risco pessoal. Contudo, se tal agente

2011 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 87.

2012 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 76.

negligencia seu dever de solidariedade, e ativamente contribui para que outrem lesione a integridade física da vítima, estará não apenas deixando de melhorar a situação desta, como ainda estará contribuindo ativamente para sua degradação. Portanto, será o agente colaborador punível por crime comissivo de resultado, e obviamente sua conduta não ostentará qualquer neutralidade. Por outro lado, ainda que não detenha uma relação especial com certo curso causal perigoso, o agente colaborador está compelido a intervir por força das normas gerais de solidariedade, desde que incidentes determinados pressupostos, e caso permaneça inerte sua omissão será reprovável penalmente, tanto mais se a postura omissiva amplificar o grau de risco imposto à vítima. Por consequência, isto implica dizer que a punibilidade de uma ação neutra dependerá da presença de todos os requisitos da violação à norma de solidariedade, especialmente os de caráter subjetivo, razão por que a teoria de Frisch integra o rol das concepções mistas. Destarte, sob o prisma de Frisch, comportamentos geratrizes de perigo por meio da conduta de terceiro somente serão dotados de sentido delitivo, e naturalmente proibidos, caso importem em violação ativa de uma norma de solidariedade.

Luís Greco²⁰¹³ reconhece alguns méritos na construção teórica de Frisch, dentre os quais os de inserir o tema das ações neutras em sua teoria geral do comportamento típico, e de assegurar que elas não recebam uma solução intuitiva, mas um tratamento consistente e sistemático. Contudo, assinala algumas fragilidades, tais como: a) a aparente ambiguidade da ideia do que seja “sentido delitivo”; b) a dedução de proibições “fortes” de meras violações a normas de solidariedade; c) a natureza inconclusiva da argumentação lastreada no estado de necessidade.

Quanto ao primeiro ponto, o jurista de Humboldt assinala o grave problema da imprecisão, assim percebida como uma mera adscrição sem qualquer substrato palpável. Aduz que o vocábulo “sentido” se afigura como mero chavão de limites imprecisos, inclusive porque, não apenas no âmbito da filosofia analítica, como também da filosofia hermenêutica, está associado à ideia de compreensão apenas intuitiva, e não de uma percepção racional.

Quanto ao segundo ponto, adverte que deduzir proibições segundo os delitos comissivos de resultado de meras violações de normas de solidariedade pode ser tido como algo convincente, à primeira vista, entretanto, se esgarça numa análise mais refletida, porquanto é possível assinalar alguns casos em que a violação ativa do dever de solidariedade não fundamenta qualquer responsabilidade por delito de resultado, tal como nos delitos omissivos por comissão. Por exemplo, se o indivíduo A lança uma corda para resgatar o indivíduo B,

2013 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 79.

que está prestes a se afogar, mas em seguida muda de ideia e recolhe a aludida corda, estará interrompendo ativamente um curso causal salvador por ele mesmo iniciado, mas a despeito disso, só será punível por omissão de socorro, e não por homicídio doloso.

E quanto ao terceiro ponto, salienta que o estado de necessidade só importará deveres de solidariedade se o perigo for inevitável, ao passo que a omissão de socorro os justifica, mesmo que existam diversos outros salvadores em potencial, e que todos eles permaneçam inertes até o óbito da vítima.

Assim, é imperativo reconhecer que normas de solidariedade e normas relativas aos crimes de resultado são inspiradas por princípios distintos, pois enquanto as normas gerais de solidariedade encontram lastro num dever positivo, eis que impõem ao sujeito uma prestação ativa para a manutenção de algo tido por valioso, as normas pertinentes aos crimes de resultado se escoram no preceito segundo o qual “a ninguém é lícito causar lesão ao direito de outrem”, razão por que todos devem exercer sua liberdade de modo a não intervir nas esferas de liberdades alheias, tampouco malferir bens jurídicos, o que importa num dever de abstenção e, portanto, numa conduta negativa. Frise-se ainda que a eventual violação de deveres positivos costuma ser aquinhoadada com sanções consideravelmente mais severas.

Conclusivamente, é possível constatar que Frisch maneja o brocardo *a maiori, ad minus*, segundo o qual “quem pode o mais, pode o menos”. Com efeito, argumenta o jurista alemão que se a violação passiva do dever é punível como omissão de socorro, a violação ativa deve ser punível por homicídio ou participação em homicídio. Contudo, reside um aparente equívoco em tal reflexão, pois não fica claro que a violação de um dever menor, mediante uma conduta ativa (mais grave que uma conduta passiva) gere automaticamente a malferição de um dever maior, até então inexistente.

Em todo caso, é oportuno frisar que talvez a motivação precípua para as críticas formuladas por Greco²⁰¹⁴ em desfavor da teoria da inidoneidade da proibição derivem da circunstância de que o jurista brasileiro proponha a resolução do problema das ações neutras através do tipo objetivo da cumplicidade, nomeadamente por meio da valoração do risco criado, a ser identificado como juridicamente permitido ou proibido. Demais disso, arremata que se a proibição melhorar significativamente a situação do bem jurídico, e de algum modo bloquear ou impedir sua lesão, ela não apenas se mostrará legítima, como também o risco criado será juridicamente desaprovado.

2014 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 138.

6.4.2 Conhecimentos especiais do agente (Roxin)

Segundo Ricardo Cardoso²⁰¹⁵, a contribuição do cúmplice é definida por Claus Roxin como um ataque acessório ao bem jurídico, e que promove um incremento causal do risco, entretanto, as ações ditas neutras são examinadas sob duas perspectivas: a) o agente colaborador tem ciência do plano delitivo do agente principal, b) o agente colaborador nutre mera suspeita sobre a intenção delitiva do agente principal. Destaque-se que em suas primeiras reflexões sobre o tema, o jurista de Munique aludia a colaborações com dolo direto e com dolo eventual, mas corrigiu seu foco, possivelmente ao perceber que o problema das ações neutras exija tratamento ao nível do tipo objetivo.

Acrescenta Danilo Lobato²⁰¹⁶ que Roxin principia sua exposição construindo um conceito de cumplicidade, e somente depois disso passa a analisar de forma específica a problemática da participação por meio de ações neutras, isto porque, sob a perspectiva do jurista alemão, a cumplicidade se verifica obrigatoriamente quando há uma elevação de um risco juridicamente desaprovado, e que causalmente pode conduzir a um resultado penalmente típico. Pontua mais que a cumplicidade não tem que ser uma condição obrigatória para o resultado, mas para a causalidade basta que a contribuição tenha influído no resultado em toda sua forma concreta. Dito de outro modo, para que se verifique a incidência da causalidade, basta que a realização do delito tivesse se operado de forma diversa, caso o agente principal não contasse com a contribuição do cúmplice.

Talvez por isso, são repelidas as construções teóricas nas quais a causalidade não integra o conceito de cumplicidade, tal qual aquelas que admitem a cumplicidade como um crime de perigo. Além disso, na percepção de Roxin existem, tanto a cumplicidade física, quanto a cumplicidade psíquica, e nesta segunda modalidade há tão somente uma contribuição espiritual junto ao ânimo do agente principal, ao passo que na primeira existe uma modificação concreta no modo de execução da conduta.

Retomando o primeiro prisma das ações de cumplicidade, é oportuno destacar que nas hipóteses em que o partícipe efetivamente tem ciência sobre a intenção delitiva do agente principal, seu favorecimento só será punível se for dotado de sentido delitivo. Para densificar a situação, Roxin exemplifica propondo a situação em que alguém venda um martelo a cliente que está decidido a matar um desafeto, e o vendedor tenha efetivo conhecimento deste *animus necandi*. Existirá igualmente um sentido delitivo quando a ação principal tiver contornos

2015 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 144.

2016 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 89-90.

legais, mas para o agente sua utilidade reste exaurida no favorecimento da prática de um crime, tal como se observa na transferência de capitais, realizada por um funcionário de instituição financeira, da praça onde o dinheiro seria tributado, para uma praça situada em algum paraíso fiscal. Em tal hipótese o único objetivo almejado pelo agente principal será a sonegação fiscal, razão por que restaria impossível ao funcionário que o favoreceu a alegativa de desconhecimento sobre a intenção criminosa do cliente.

Em sentido diametralmente oposto, não ocorrerá sentido delitivo quando a contribuição disser respeito a uma ação legal, que revela utilidade ao agente principal, mas por força de uma deliberação autônoma, ele decide utilizar tal contribuição para levar a cabo uma prática delitiva. Nesse aspecto, pode-se imaginar a conduta consistente em entregar insumos de produção em uma indústria que corriqueiramente pratica crimes ambientais, ou a conduta de servir um prato de comida a um assassino, minutos antes dele efetuar um disparo mortal contra um desafeto notório que se encontra a poucos passos de distância. Com efeito, tanto os insumos quanto a refeição fornecida serão ações lícitas desprovidas de qualquer sentido delitivo, mormente porque se deram sob o manto do princípio da confiança.

Preconiza Luís Greco²⁰¹⁷ que o agente pode confiar aprioristicamente que o terceiro se conduzirá em conformidade ao ordenamento jurídico, pois suspeitas mínimas ou longíquas de estar contribuindo para um crime não podem gerar o dever de abstenção, sob pena de que se admita que todos desconfiem permanentemente uns dos outros, e por isso estejam obrigados a prever e controlar a intenção de terceiros antes de prestar-lhes qualquer colaboração. Entretanto, se a dúvida se revelar concreta, haverá sim o dever de abstenção. Imagine-se que um engenheiro químico, e também proprietário de um laboratório de insumos químicos, venha a ser procurado por um conhecido traficante de drogas, solto recentemente por excesso de prazo na formação da culpa, o qual demande não apenas a aquisição de imoderadas quantidades de ácido sulfúrico, acetona, carbonato de sódio e permanganato de potássio, como ainda proponha efetuar o pagamento em “dinheiro vivo”, e sem emissão de nota fiscal ou recibo. É lógico que tal engenheiro químico deverá se abster daquela venda, seja porque os insumos pretendidos são comumente utilizados na fabricação e refino de cocaína, seja porque nenhum cliente que busca efetuar uma aquisição legítima e com fins lícitos procura ocultar os documentos fiscais próprios à transação comercial.

Melo Lima²⁰¹⁸ sugere outro exemplo que assinala a presença de conhecimentos especiais, assim entendidos aqueles que ultrapassam o saber do homem médio. Propõe uma

2017 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 82-83.

2018 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 47.

hipótese em que um acadêmico de arquitetura, durante as férias escolares, seja admitido numa construtora para trabalhar como mestre de obras, e nessa condição perceba falhas técnicas nas dimensões e na estrutura da obra, com potenciais riscos aos adquirentes das unidades condominiais. Ao final, questiona se em caso de eventual desabamento da edificação, e que venha a ocasionar a morte de alguns moradores, poderia o estudante de arquitetura ser penalmente responsabilizado pelo crime de homicídio culposo. Propõe ainda o exemplo de um caixa de banco que entrega robusta quantidade de dinheiro, mesmo sabendo que a cifra será utilizada para corromper alguns juízes. Assinala que exemplos de tal estirpe representam o nó górdio dos casos de participação mediante ações neutras e afetam toda a teoria da imputação objetiva.

Com o fito de colocar em ação a concepção teórica de Roxin, sobre os conhecimentos especiais, Greco²⁰¹⁹ pontua que na versão original do caso em que o indivíduo Y vai à loja de ferragens, e após revelar ao vendedor Z sua intenção de matar a esposa, adquire um machado e na noite imediatamente subsequente parte o crânio da esposa com o dito machado, o vendedor teria agido como cúmplice, e seria punível por homicídio doloso, eis que efetuou a venda do machado com conhecimento seguro de que o mesmo seria manejado como instrumento de um crime já planejado, de modo que a conduta do vendedor terá ostentado sentido delitivo. Admita-se que o vendedor da loja de ferragens tenha dúvidas que o comprador realmente pretenda matar a esposa a machadadas, mas tangencie a explícita confissão do cliente, e proceda com a venda do artefato, sua conduta não poderá ser reputada neutra, tampouco impunível, pois terá contribuído causalmente para a morte da vítima. Entretanto, se o cliente omite a informação sobre seus planos de matar a esposa, por mais suspeita que seja sua aparência, o vendedor não pode presumir que está diante de um assassino em potencial. Muito ao contrário, pode cogitar que se trate apenas de um lenhador mal humorado ou cansado, mas que necessita de um machado novo. Nessa hipótese, ainda que o dito cliente mal encarado venha a matar sua esposa a machadadas, não seria exigível que o vendedor conseguisse antecipar a ocorrência do horrendo crime, razão por que inexistirá qualquer cumplicidade. Todavia, haverá cumplicidade punível se a venda do machado for feita a um cliente que, minutos antes, estava envolvido numa briga com alguns desafetos, defronte à multicitada loja de ferragens, sob as vistas de funcionários e clientes, pois nesse cenário restará evidente que o machado não será utilizado para cortar lenha.

2019 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 83-84.

Ainda sobre o tema, Greco aduz que, inobstante a teoria dos conhecimentos especiais tenha sido substancialmente aceita pelo BGH, ao apreciar um caso de sonegação fiscal realizado com a ajuda de um funcionário de instituição financeira, a Corte ponderou que “se a atividade do autor principal tem por objetivo unicamente cometer uma ação punível e quem o ajuda sabe disso, deve-se considerar esta contribuição uma ação de cumplicidade (...). Neste caso, a ação perde sempre seu ‘caráter cotidiano’, e deve ser interpretada como uma solidarização com o autor (...), não sendo mais socialmente adequada (...). Se quem ajuda não sabe de que forma sua contribuição será utilizada pelo autor principal, considerando unicamente possível que ela sirva para o cometimento de um crime, neste caso não haverá, em regra, ação punível de cumplicidade, a não ser que o risco de comportamento criminoso alheio por ele conhecido seja tão grande, que se possa dizer ter ele contribuído a um autor reconhecidamente inclinado a cometer o fato”²⁰²⁰.

Revelando alguma adesão à teoria dos conhecimentos especiais, no âmbito da doutrina alemã cabe referir a Kai Ambos, em sua obra intitulada “Assistência através de atividades cotidianas”²⁰²¹. Já no âmbito da doutrina brasileira, Flávio Pereira Cardoso²⁰²² foi um dos pioneiros a abordar o tema das ações neutras, e a despeito de compreendê-la essencialmente como uma teoria subjetiva que principia da distinção entre dolo direto e dolo eventual, concluiu seu pensamento invocando igualmente o caráter externo da conduta, tal como a adequação social, e assim aparentemente defende uma solução de caráter misto. Argumenta o jurista mineiro que “desde que a cooperação do partícipe ocorra com dolo direto, ou seja, quando o agente atue com conhecimentos especiais, torna-se imperiosa a sanção em razão da colaboração para a realização de um delito pelo autor principal. A punibilidade então se vincula primordialmente ao atuar do agente impelido pelo dolo direto, vez que presta ajuda decisiva em relação ao fato principal”. Portanto, compreende Cardoso Pereira que o agente colaborador atua de maneira solidária ao agente principal, e por isso mesmo seu comportamento não pode ser admitido como ato socialmente adequado, entretanto, caso aja com dolo eventual, sem dispor da exata noção de como será empregado seu auxílio pelo sujeito principal, será forçoso admitir como impune sua conduta, pois será injustificável

2020 BGHSt 46, p. 112 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 84.

2021 AMBOS, Kai. *Beihilfe durch Alltagshandlungen*. In: JA 2000. p. 724. Disponível em: <https://www.yumpu.com/de/document/view/7491007/beihilfe-durch-alltagshandlungen-ja-aktuell>. Acesso em: 21.05.2023.

2022 CARDOSO, Flávio Pereira. Ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. In: Revista Jus Navigandi. v. 8. n. 61, 2003. p. 37 e ss. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3652/as-aco-es-cotidianas-no-ambito-da-participacao-delitiva>. Acesso em: 21.05.2023.

impor ao mesmo uma punição em decorrência de mera suspeita de que um terceiro pudesse se valer de situação anteriormente criada por ele para a prática do delito.

É certo que uma parcela da doutrina opõe críticas à teoria dos conhecimentos especiais. Nesse sentido, Jakobs²⁰²³ assinala que nos exemplos propostos por Roxin não se deve criminalizar a conduta do agente colaborador, sob pena de restar configurada ofensa ao direito penal do fato, com natural prevalência a um direito penal do autor que pune a mera cogitação e desafia os princípios do Estado de Direito. Maria Fernanda Palma²⁰²⁴, por seu turno, argumenta que “as fronteiras da cumplicidade são dadas por um estabelecimento de limites mínimos de contribuição no facto participado”, de modo que “uma actividade neutra do cúmplice tem de implicar a elevação do risco para os bens da vítima, para além do risco normal resultante da conduta do autor material, isto é, tem de assumir também um conteúdo de ilícito”.

Igualmente crítica é a posição de Greco²⁰²⁵, para quem o principal problema da teoria dos conhecimentos especiais seria sua deficiente fundamentação, porquanto seu autor teria partido de uma demanda político-criminal voltada a eximir de punição certos casos de cumplicidade através de ações neutras, o que vai ao encontro de sua concepção sistemática de que a dogmática deve corresponder às necessidades da política criminal²⁰²⁶. Pondera o jurista de Humboldt que: a) não se sabe exatamente porque certas ações neutras devem ficar isentas de pena; b) intuindo uma solução, Roxin propôs uma distinção entre ações efetivamente neutras, e ações de cumplicidade, ainda que cotidianas, e o fez por meio de critérios distintivos que poderiam ter sido diversos, tais como os escolhidos por Otto ou por Frisch; c) a proposta de Roxin aparenta buscar arrimo na intuição e na plausibilidade dos resultados alcançados, e também nisso reside sua fragilidade; d) relativamente à distinção entre conhecimento seguro e mera suspeita, se mostra injustificável tal diferença valorativa entre o dolo direito e o dolo eventual, de modo que o agente que atue segundo o primeiro mereça punição, e quem atue com o segundo mereça impunidade; e) há o manejo de um impreciso conceito de “sentido delitivo”; f) em sua concepção originária, Roxin recorria ao princípio da confiança para limitar o alcance do tipo subjetivo, contudo, na medida em que tal preceito configura critério de determinação do dever objetivo de cuidado, sendo o caso de sua

2023 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Ob. cit., p. 51-52.

2024 PALMA, Maria Fernanda. Da tentativa possível em direito penal. Coimbra: Almedina, 2006. p. 99-100.

2025 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 85-87.

2026 ROXIN, Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 20.

incidência inexistirão razões para se indagar se o agente colaborador atuou com dolo eventual, eis que já não haverá tipo objetivo ao qual o dolo possa referir-se.

6.4.3 Ampla ponderação de interesses (Wohlleben)

Acerca da teoria da ampla ponderação de interesses, Melo Lima²⁰²⁷ assinala que ela se constrói a partir da ideia de uma colisão de interesses, e se vale dos argumentos de Robert Alexy para invocar o princípio da proporcionalidade como fio condutor voltado a uma solução. Aduz mais que Marcus Wohlleben preconiza a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Alexy em busca de legitimar a punição em numerosos casos de ações de cumplicidade, ditas neutras, e para tanto se utiliza, tanto de um consenso social sobre a permissividade da conduta e das regras do discurso a ele conducentes, quanto do sentido do precedente, mas enaltece igualmente que, quanto maior for a segurança da lesão do bem jurídico, mais peso adquire o lado do prejuízo, e por isso, em menor medida será adequada sua aprovação. E sobre o uso do precedente, Alexy²⁰²⁸ pontua que significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente.

Ricardo Cardoso²⁰²⁹, por seu turno, argumenta que após o exame de diversas teorias sobre cumplicidade por meio de ações neutras, Wohlleben sinaliza a necessidade de se realizar uma ponderação de interesses, tendo em consideração não apenas o interesse geral de liberdade, que confere neutralidade à conduta do agente colaborador, quanto o interesse de proteção de bens jurídicos, que enseja a proibição da colaboração. Contudo, o jurista alemão destaca ser necessário aferir se: a) o cúmplice possui conhecimento seguro ou mera suspeita a respeito do cometimento da ação principal; b) a utilidade social do comportamento do agente colaborador; c) a orientação da doutrina e da jurisprudência sobre a natureza da conduta de favorecimento; d) o grau de perigo criado segundo a percepção do agente colaborador; e) a dependência da contribuição face ao delito; f) a exigibilidade do dever de abstenção do agente colaborador; g) os perigos sociopsicológicos da impunidade da conduta do colaborador; h) a conformidade dos papéis sociais.

2027 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 46.

2028 ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schil Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 268.

2029 CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Ob. cit., p. 145.

Luís Greco corrobora a posição do jovem criminalista baiano ao aduzir que, após se debruçar sobre as teorias já existentes sobre ações neutras, Wohlleben²⁰³⁰ inferiu que a solução do problema somente poderia ser extraída após uma ampla ponderação de interesses, e tal ponderação deveria tomar em consideração não apenas o interesse geral de liberdade, como igualmente o interesse de proteção a bens jurídicos, de modo a aferir se a conduta seria proibida ou juridicamente autorizada, por força de sua neutralidade. Nesse cenário, o autor da construção teórica teria enunciado variados critérios a servirem como filtros de detecção do caráter facilitador da conduta, bem assim de sua punibilidade. Após enumerar os mesmos critérios já referidos no parágrafo anterior, Greco adverte que em casos específicos, como os de sonegação fiscal²⁰³¹ ou nas relações de emprego²⁰³², há uma série de outros aspectos igualmente importantes a serem levados em conta, mas destaca que as diretrizes escolhidas para resolução dos casos aponta para uma reedição da velha dicotomia entre o conhecimento seguro e a mera suspeita, como forma de extrair se o agente colaborador merece sanção penal ou impunidade, respectivamente²⁰³³.

Finalmente, Greco imputa à teoria da ampla ponderação de interesses as mesmas críticas já lançadas contra as concepções de Lüderssen: a) se pudéssemos resolver tudo através de uma vaga ponderação, para que precisaríamos de dogmática?; b) para que conceituar um instituto, se o que interessa é uma ponderação?; c) para que separar tipo de antijuridicidade e de culpabilidade, se tudo não passa de uma ponderação? Contudo, agrega como igualmente desfavoráveis a variedade de critérios propostos por Wohlleben, os quais teriam sido enumerados sem qualquer ordem ou lógica aparente, e cuja interação permanece um mistério. E sem maiores preocupações em disfarçar a ironia do comentário, o jurista de Humboldt argumenta que “esses fatores são tantos que se tem a impressão de que o único fator irrelevante é o time de futebol do partícipe”²⁰³⁴.

2030 WHOLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*. München: Beck, 1996. p. 121 e ss. *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 87-88.

2031 WHOLLEBEN, Marcus. Ob. cit., p. 135 e ss. *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 88.

2032 WHOLLEBEN, Marcus. Ob. cit., p. 147 e ss. *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 88.

2033 WHOLLEBEN, Marcus. Ob. cit., p. 163 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 88.

2034 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 89.

6.4.4 Juízo de periculosidade do favorecimento (Gorostiza)

O jurista espanhol Jon-Mirena Landa Gorostiza elaborou sua teoria sobre as ações neutras visando conquistar a vaga de professor titular de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade do País Basco. Aduz mais que Gorostiza preconiza um critério misto para solucionar o problema da cumplicidade por meio de ações neutras, pois, sob o prisma de tipo objetivo, sua análise consiste em verificar até que ponto a atuação do agente colaborador teria idoneidade para elevar as possibilidades de êxito de uma lesão ou para aumentar o nível de perigo a algum bem jurídico. Com efeito, entende o jurista espanhol que se deve perquirir se os comportamentos analisados geram um risco mínimo de configurar um favorecimento ao autor do fato principal. Além disso, acrescenta que o conteúdo de tal risco mínimo deve ser aferido diante das circunstâncias do caso concreto²⁰³⁵.

Danilo Lobato²⁰³⁶ argumenta que, em sua tentativa de estabelecer os limites de seu critério de identificação das ações ditas neutras, Gorostiza conclui que a venda de pão a um rufião que segue a caminho de um local de prostituição infantil não aumenta e nem diminui as possibilidades de êxito do comportamento criminoso que ele desenvolverá, razão por que será uma conduta penalmente neutra. Entretanto, ante a insuficiência do critério objetivo, o jurista de Bilbao assevera que o “juízo de periculosidade do favorecimento” deve ser buscado a partir dos conhecimentos especiais do agente colaborador, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento certo (dolo direto), ou eventual (dolo eventual) sobre o alcance da resolução delitiva alheia.

Daí se percebe que Gorostiza gradua o dolo do colaborador a partir dos conhecimentos especiais que ele detenha, e a exemplo de Roxin, entende que estando presente o dolo direto, a conduta de favorecimento será punível, mas diante da ocorrência de dolo eventual, a conduta do agente deverá estar isenta de pena. O jurista espanhol ainda elenca critérios complementares para aferir a suposta neutralidade da conduta, a saber: a) proximidade temporal entre a ação de colaboração e a conduta delitiva principal; b) ocorrência de dados indiciários decorrentes do cumprimento ou descumprimento de normas setoriais²⁰³⁷.

2035 GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *La complicidad delictiva em la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutrales”*. Granada: Colmares, 2002. p. 252.

2036 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 96-97.

2037 GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. Ob. cit., p. 249.

Ainda acerca das situações que isentam o agente colaborador de sanção penal, Fonseca de Aguiar²⁰³⁸ pontua que “são de destacar duas soluções da tese de Gorostiza quanto a outras tantas hipóteses. O autor sustenta a impunidade no caso de cumprimento de obrigações civis não especificamente penais porque a presença de tais obrigações em sentido estrito (gerando riscos excessivamente genéricos) aponta para uma regra geral de conformidade do comportamento com as normas penais que deve reflectir-se já em sede de tipicidade sem esperar pelas causas de justificação. Já no caso do pagamento de bens ou da aquisição de serviços”.

Defende a cumplicidade do cliente em face da fraude fiscal do profissional respectivo Assim, “o cliente de um dentista que, sistematicamente, defrauda o fisco, facto bem sabido pelo primeiro, deve responder como cúmplice, pois sabe, positivamente, que a prestação contratada se insere num contexto delitivo e verifica-se, para além disso, uma evidente proximidade relativamente à fase executiva, pois são diversos pagamentos realizados por múltiplos clientes que vão determinar, por acumulação, que se ultrapasse o volume de negócio pelo qual o dentista não quererá pagar impostos, e em terceiro lugar, porque a não exigência da factura, quando a sua emissão é obrigatória, revela uma certa manobra conjunta na transgressão da normativa sectorial”.

Conclusivamente, é possível reconhecer a insuficiência da teoria do juízo de periculosidade do favorecimento porque: a) o núcleo da construção teórica recorre a uma valoração de conduta *ex ante*, a partir de uma suposta idoneidade de êxito nos crimes de resultado, ou de aumento de risco nos crimes de perigo, mas não esclarece critérios objetivos para tal valoração, o que acentua o subjetivismo da aferição; b) o conceito de “idoneidade causal” manejado por Gorostiza se mostra tão vago e ambíguo quanto a “plausibilidade” da teoria roxiniana dos conhecimentos especiais; c) a busca de evidências de dolo direto ou dolo eventual na conduta do agente colaborador se afiguram apenas como uma mera alteração de etiquetas dos critérios de conhecimento seguro ou mera suspeita, outrora sugeridos por Roxin, e não parecem ser suficientemente seguros para justificar punição aos que atuam na primeira hipótese, e impunidade aos que agem na segunda hipótese.

2038 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 376-377.

6.4.5 Prestações de importância existencial (Amelung)

Danilo Lobato²⁰³⁹ noticia que Knut Amelung procura resolver o problema da participação por meio de ações neutras com pesquisas em três níveis de análises: a) o tipo objetivo, b) o tipo subjetivo, c) as causas de justificação no estrato da antijuridicidade. Salienta que as pesquisas quanto às esferas dos tipos objetivo e subjetivo têm como azimute o § 27 do StGB (a norma que fixa a punibilidade para a cumplicidade). Agrega ainda que, para o jurista polonês, o tratamento dos comportamentos que fomentam dolosamente fatos penais de terceiros têm nessa norma o seu ponto de partida, e isto insere os comportamentos do cotidiano no seu âmbito de alcance.

Com efeito, ao examinar a viabilidade de excluir a punição de condutas ditas neutras nos diversos e sucessivos estratos da teoria do delito, Amelung exclui do tipo objetivo as ações por ele rotuladas como existenciais, tal como a conduta de oferecer uma refeição a um gatuno, ou a mera criação do fato gerador de um tributo, que na sequência venha a ser sonegado pelo contribuinte. E a partir do exame do tipo subjetivo, Amelung sugere que sejam isentos de pena as situações em que o agente colaborador detenha conhecimento de um perigo apenas abstrato gerado pelo potencial comportamento de outrem. Para tanto, pondera o jurista que será necessário muito mais, que o perigo assumido pelo autor reúna as características que fundamentam um perigo concreto²⁰⁴⁰. Propõe igualmente que um ato de consultoria jurídica correta não seja comportamento antijurídico, seja por força da incidência da norma geral de solidariedade, seja em decorrência da proibição do abuso do direito.

Especificamente quanto aos limites do tipo subjetivo, Fonseca de Aguiar²⁰⁴¹ adverte que Amelung rejeita a ideia do afastamento da punibilidade em decorrência da intensidade do dolo, isto porque diante da certeza do comportamento criminoso do agente principal haverá congruência entre o social e o individual no aumento do risco, e por isso mesmo a cumplicidade ocorrerá. Entretanto, a dificuldade se faz presente quando o agente colaborador não sabe com certeza qual o propósito do agente principal, pois, segundo o jurista polonês, a permissão do risco só envolverá as formas de dolo eventual que se referirem a riscos gerais de funcionamento de negócios, como a venda de facas de cozinha. Portanto, para que reste configurada a cumplicidade nos casos de dolo eventual é necessário aferir se existe um

2039 LOBATO, José Danilo Tavares. Ob. cit., p. 81.

2040 AMELUNG, Knut. Ob. cit., p. *Die "Neutralisierung" geschäftsmässiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfe-tatbestands*. In: *Festschrift für Grünwald*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 27 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 90.

2041 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 322.

conhecimento da possibilidade da continuação criminosa assente em “pontos de apoio concreto”. Por exemplo, se o vendedor de uma loja de utensílios sabe que o cliente ameaçou de morte a própria esposa, não poderá vender-lhe uma faca até que se certifique se esta servirá como instrumento de cozinha ou como instrumento para um homicídio.

E relativamente às atuações profissionais, admitidas como causas de justificação de comportamentos facilitadores de delitos alheios, Amelung sustenta não ser o caso de afirmar que exista uma liberdade para fornecer contribuições neutras para fatos criminosos, mas simplesmente reconhecer a exclusão da norma relativa à cumplicidade, mas ressalva seu entendimento se a conduta do agente colaborador se encaixar nas hipóteses previstas nos §§ 138 ou 323c do StGB, que dizem respeito à omissão de denúncia sobre fatos puníveis planejados, e à omissão do dever de ajuda, respectivamente. Pondera ele que a presença de causas limitadas de justificação ostenta a vantagem de estabelecer a regra, a exceção e a contradição da exceção, relativamente ao problema das ações neutras, e precisamente por isso torna forçoso examinar, caso a caso, os interesses em conflito e suas respectivas valorações, pois, a exemplo de todas as demais normas permissivas, o agente colaborador estará sujeito às regras que proíbem o abuso de direito.

Amelung admite que o tipo objetivo da primeira parte do § 27 do StGB precisa ser examinado à luz do caso concreto, eis que se verificado de forma abstrata, praticamente nenhum comportamento cotidiano que favoreça o delito de outrem estará isento de pena. Sobre as tais prestações de importância existencial (ações encarregadas da sobrevivência de todos), enquanto condutas comissivas, o jurista polonês assevera que há um pequeno grupo de ações que não serão obrigatoriamente neutras, ainda que assim pareçam à primeira vista.

Para melhor esclarecer sua ideia, argumenta o jurista que, aprioristicamente, a garantia de sobrevivência não aumenta o risco de lesão ao bem jurídico, mesmo que o ato do agente colaborador favoreça a ocorrência de uma conduta penalmente ilícita, mas tal raciocínio já se inverte, caso o sucesso da empreitada do agente principal esteja condicionada ao apoio recebido do colaborador. Nessa ordem de pensamento, quem fornece uma refeição a um ladrão de bancos antes do mesmo partir para o cometimento do assalto não estará agindo em cumplicidade, mas, em sentido oposto, aquele que fornece alimentos para que o sequestrador alimente o sequestrado no cativeiro estará atuando em cumplicidade, desde que tenha conhecimento dessa circunstância, naturalmente.

Ainda quanto ao tipo objetivo, Amelung argumenta que se alguém concorre na formação de um fato gerador tributário, não estará agindo em cumplicidade com o agente principal, ainda que tenha conhecimento que este cometerá o delito de sonegação fiscal, eis

que contribuir para a formação do crédito tributário jamais pode ser considerado como prejudicial aos interesses da fazenda pública. Por outro lado, se um contador presta contribuição destinada exclusivamente a que seu cliente obtenha ganhos por meio de sonegação de tributos, obviamente não estará atuando com neutralidade, e será cúmplice no delito de sonegação fiscal.

Já quanto à análise do tipo subjetivo, o jurista polonês destaca que o § 27 do StGB exige a presença do dolo (seja ele direto ou eventual), razão por que somente é possível excluir a tipicidade penal de uma conduta cotidiana quando houver interesses contrapostos capazes de legitimar tal exclusão, tal como se verifica nas chamadas “prestações negociais”, as quais já carregam consigo um risco natural de serem usadas pelos respectivos beneficiários para fins delitivos. Para densificar seu pensamento, Amelung consigna que um doce pode ser vendido para saciar a fome do consumidor, mas também pode ser utilizado para disfarçar o sabor do veneno com que se pretende matar um desafeto. Por igual, um motorista de táxi pode conduzir um passageiro a um *shopping center* para que este realize suas compras, mas pode também transportar um assaltante até uma joalheira que será por este assaltada. Se o doceiro prepara um saboroso doce, mas nele introduz arsênico e o entrega ao cliente homicida, naturalmente estará atuando como cúmplice de um assassinato, ainda que não saiba quem será a vítima. De igual modo, o motorista de táxi que sabe que a joalheira será assaltada, e mesmo assim conduz o ladrão até lá, estará agindo em cumplicidade, tanto mais se aguardar o desonesto freguês para levá-lo a outro sítio logo após a consumação do delito patrimonial.

Examinando os contornos jurídicos da teoria das prestações de importância existencial, Luís Greco²⁰⁴² critica: a) o método de abordagem, por ele compreendido como casuístico; b) a exigência de que o dolo se volte apenas à criação de um perigo concreto, e não só abstrato. Quanto ao método, pondera que todas as vantagens geradas pela construção de uma teoria geral (simplificação, uniformização de soluções, previsibilidade, etc.) são perdidas quando se adota uma abordagem casuística, especialmente porque a teoria apresenta um enunciado único, ao passo que uma abordagem casuísta necessita de vários enunciados. Pontua ainda que uma teoria geral propõe resolução de casos de maneira uniforme, enquanto uma abordagem casuística gera soluções aleatórias, como se fosse uma “roleta russa”. Além disso, uma teoria geral permite identificar, à partida, qual o tratamento que se confere ao caso, mas isso se mostra impossível numa abordagem casuística. Aduz mais o jurista de Humboldt que a solução isolada de dois ou três grupos de casos se revela insignificante para muitos outros

2042 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 91.

casos que surgem na *práxis* jurisprudencial, de modo que se contentar em resolver casos pretéritos já solucionados com algum consenso é se satisfazer com muito pouco.

Em arremate, e para demonstrar seu imenso desprezo por soluções casuística, Greco proclama que “é impossível resolver um problema a partir dele próprio, sem qualquer parâmetro geral. Tal se assemelha ao já insistentemente citado exemplo de Münchhausen que se ergue da lama puxando os próprios cabelos. Justiça pressupõe um parâmetro de comparação, pressupõe algo que se ajuste a outro algo qualquer. Noutras palavras: onde existe um só, não há justiça. A justiça começa a existir a partir do momento em que este um é comparado a algo dele numericamente diverso. Para chegar a soluções casuístas, não é preciso ciência do direito; basta um Salomão, ou um dos muitos que se julguem tamanhamente sábios, que decida partir a criança ao meio”²⁰⁴³. E acerca da essência da teoria das prestações de importância existencial, Greco²⁰⁴⁴ pondera ser especialmente problemático exigir que o dolo se volte apenas à criação de um perigo concreto, e não só abstrato, ante um certo consenso de que o juízo de perigo concreto é feito sob uma ótica posterior ao fato, tendo em mira todos os dados realmente existentes. Entretanto, é indubitoso que o dolo é um elemento subjetivo do tipo, e por isso mesmo deve ser aferido sob uma perspectiva anterior à ação, tendo em consideração apenas as informações acessadas ou acessíveis ao agente no instante em que consuma sua conduta. Bem por isso, o dolo só pode ter incidir sobre um perigo abstrato, e que foi avaliado antes do cometimento da conduta.

Conclusivamente, é forçoso admitir a insuficiência das prestações de importância existencial porque: a) em um primeiro momento, Amelung exclui do tipo objetivo as ações por ele rotuladas como existenciais, tal como a conduta de oferecer uma refeição a um ladrão, mas depois entra em contradição ao admitir que o tipo objetivo da primeira parte do § 27 do StGB precisa ser examinado à luz do caso concreto, porque se for verificado de forma abstrata praticamente nenhum comportamento cotidiano que favoreça o delito de outrem estará isento de pena; b) acerca do tipo subjetivo, embora rejeite a ideia de conferir impunidade a depender da intensidade do dolo, Amelung admite sua incapacidade de propor um critério nas hipóteses em que o agente colaborador não tem certeza sobre o propósito do agente principal, e com isso deixa subentendida sua percepção de que somente o dolo direto afastaria a neutralidade da conduta; c) admite aprioristicamente que atuações profissionais devem ser admitidas como causas de justificação, aptas a conferir neutralidade à conduta do colaborador, mas ressalva seu entendimento se a conduta do agente colaborador se encaixar nas diversas hipóteses

2043 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 92.

2044 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 93.

previstas nos §§ 138 ou 323c do StGB, e fragiliza sua própria regra geral quando propõe o exemplo do fornecimento de alimentos junto ao cativo de uma vítima sequestrada.

6.5 Ações neutras sob novos prismas

Examinaremos doravante o tema das ações ditas neutras a partir de prismas distintos, e que, seja através de formulações menos ambiciosas, propõem soluções casuísticas para alguns casos em que o favorecimento de alguma ação neutra restaria impune, seja por meio de uma teorização que rompe com os parâmetros dogmáticos da teoria da imputação objetiva, e por isso mesmo não busca soluções através do tipo objetivo ou do tipo subjetivo, isoladamente considerados. Neste título serão abordadas as concepções de Wolfgang Wohlers, Ingeborg Puppe, Francisco Manuel Fonseca de Aguiar e Inês Ferreira Leite, além de alguns outros juristas, notadamente alemães, que apresentam soluções casuísticas no intento de resolver o problema de algumas ações do cotidiano que facilitam o injusto penal do agente principal.

6.5.1 Wohlers

Segundo as lições de Luís Greco²⁰⁴⁵, o jurista alemão Wolfgang Wohlers se propõe a solucionar o problema das ações ditas neutras por meio da sistematização de três grupos de casos nos quais a conduta do agente colaborador seria punível, mas em caráter de exceção: a) quando presente um dever de proteção à integridade do bem jurídico, pelo exercício da função de garantidor; b) quando presente um comportamento colusivo; c) quando presente um comportamento destinado a malferir uma norma cuja função seja impedir o cometimento de delitos por terceiros. Relativamente ao primeiro grupo, o dever de proteção ao bem jurídico seria derivado do exercício de uma posição de garante, ou por força da incidência de uma norma geral de solidariedade. Por exemplo, se o sujeito tem o dever de impedir o resultado lesivo, potencialmente apto a justificar a responsabilização penal por crime omissivo, próprio ou impróprio, naturalmente estará ele proibido de prestar qualquer contribuição ao agente do fato principal, mesmo que por meio de uma ação reputada neutra, caso retirada do contexto fático do caso concreto.

2045 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 93-94.

Já no segundo grupo de casos a sanção penal se mostra justificável por força de um comportamento colusivo²⁰⁴⁶, assim entendido aquele que revela a manifestação da vontade delitiva. Com efeito, é possível observar a presença de um comportamento colusivo quando o agente colaborador ajusta sua conduta para corresponder à demanda do agente principal, e assim potencializar o grau de favorecimento, ou ainda quando existe quase certeza de que a conduta principal seja penalmente típica. Neste segundo grupo de ações é importante a proximidade temporal em relação à conduta do agente principal, tal como outrora assinalado por Schumann, em sua teoria da solidarização com o injusto alheio. Para densificar a hipótese, Greco sugere o exemplo do funcionário de uma instituição financeira que realiza operações destinadas a ocultar grande soma de capital de um cliente para o exterior, destinada a sonegar o pagamento dos tributos devidos. No exemplo proposto por Greco²⁰⁴⁷, o dito funcionário teria feito um depósito inicial do dinheiro em um banco associado, mas se valendo de um código interno do banco em que trabalha, para ocultar o nome do verdadeiro titular do numerário. Em seguida, teria procedido ao saque de todo o dinheiro a ser desviado, e finalmente, teria depositado o dinheiro numa casa bancária de outra jurisdição. Nesse cenário, ainda que cada ação isoladamente considerada fosse apenas suspeita, o contexto fático produzido pela prática sucessiva das mesmas afasta a dúvida quanto à natureza da conduta colisiva destinada a facilitar a sonegação fiscal.

Finalmente, no terceiro grupo de ações de favorecimento, Greco²⁰⁴⁸ exemplifica com a conduta retratada em seu caso de número nove, segundo o qual um farmacêutico vende a uma cliente aparentemente grávida um fármaco notoriamente conhecido por seu efeito abortivo, mas esclarece que o mesmo não pode ser usado por gestantes, e sem disfarçar seu nervosismo, a cliente alega inicialmente que a medicação é para sua irmã, e logo em seguida diz que se destina a uma amiga. Nesse cenário, a eventual venda do remédio importará clara violação à norma setorial que exige a prévia apresentação da prescrição médica como condição necessária para a venda do produto, de modo que, mesmo tangenciando a “cegueira deliberada” do farmacêutico, que ignorou tanto as evidências do estado gravídico da cliente, quanto a claudicância da mesma ao esclarecer a quem se destinava o produto, ainda assim a conduta será punível por força da violação da norma destinada a impedir a prática de delitos por terceiros.

2046 WOHLERS, Wolfgang. *Gehilfenschaft durch “neutrale Handlungen”. Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichm bzw. Berufstypischem Verhalten?* In: SchwZStr 117, 1999. p. 436 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 93.

2047 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 3.

2048 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 4

Fonseca de Aguilár²⁰⁴⁹ refere comportamentos aparentemente inofensivos, como os exemplos acima referidos, que externamente se evidenciam como negócios ou ações do cotidiano, podem ser incriminados a título de cumplicidade, seja por força do § 25 do StGB suíço, seja por dicção do § 27 do StGB alemão. Alude igualmente que casos desta estirpe chegaram aos tribunais suíços, tal como a venda de receptores de rádio capazes de captar canais não autorizados naquele Estado, ou da venda de decodificadores de televisão capazes de iludir a codificação própria dos canais por assinatura, ou ainda o caso da venda de carne de antílope africana, como se fosse proteína animal produzida na Europa. O jurista português noticia que, ainda em 1999, o BGH da Alemanha decidiu o caso de uma brochura elaborada por um advogado, o qual dispunha sobre riscos relacionados com futuras mercadorias, e cuja função seria eliminar eventuais questionamentos dos clientes que se sentissem ludibriados. A Corte entendeu pela aplicação da tese de Roxin sobre os conhecimentos especiais do agente, por força da qual a ação só será punível se o agente colaborador detém o conhecimento certo de que a ação principal configura um injusto penal, mas diante da mera possibilidade de conhecimento não haverá cumplicidade. Refletindo sobre o caso da brochura, Wohlers²⁰⁵⁰ ponderou que se uma continuação não criminosa era impossível, o risco produzido pelo agente colaborador era desaprovado, de modo que o advogado só mereceria isenção de punibilidade caso ignorasse o risco criado por seu comportamento.

Greco²⁰⁵¹ rejeita a solução proposta por Wohlers e salienta que a ela se aplicam as mesmas críticas já dirigidas à concepção de Amelung, por ele compreendida como solução casuística e não com uma teoria mista. Além disso, aponta que: a) a adoção do critério da posição de garantidor parece incorreto, por confundir dois problemas de alcance distinto; b) justificar a cumplicidade a partir do dever de solidariedade não resolve o problema nos crimes de resultado, mas apenas nos delitos de omissão por comissão; c) o critério da violação da norma destinada a impedir o cometimento de delitos por terceiros é vazio de conteúdo porque nem toda violação de norma jurídica importa na criação de um risco juridicamente desaprovado.

Sobre a primeira crítica, o jurista de Humboldt pondera ser induvidoso que todos que comercializam armas, ferramentas, remédios e outros objetos perigosos assumem a posição de garante por deterem o controle sobre certa fonte de perigo, mas o garantidor não responde por qualquer dano provocado pela fonte de perigo por ele guarnecida, mas apenas pelos riscos

2049 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 282-283.

2050 WOHLERS, Wolfgang. *Hilfeleistung und erlaubtes Risiko: zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB*. In: NStZ, 2000. p. 174 *apud* AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 285.

2051 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 93-94.

juridicamente desaprovados, sob pena de que uma mãe que permite que um filho adolescente siga sozinho à escola e seja atropelado no trajeto tenha que suportar responsabilidade penal, embora tenha assumido apenas um risco permitido. Pondera ainda que a posição de garantidor é um conceito de conteúdo diverso do conceito de criação (ou não diminuição) de risco juridicamente desaprovado, mas admite que Armin Kaumann²⁰⁵² preconiza que a posição de garante não deriva das fontes de perigo, mas sim das funções de controlar uma fonte de perigo ou de assegurar a integridade de um bem jurídico. Nessa ordem de ideias, resulta inafastável a indagação: Ao ser legalmente incluído no rol de obrigados a colaborar com a UIF do Estado onde desenvolve suas atividades profissionais, o advogado assume a posição de garante no dever de prevenção ao branqueamento de capitais?

Relativamente à segunda crítica, se limita a revigorar seus argumentos já dirigidos contra a teoria mista concebida por Frisch, e quanto à terceira crítica, Greco²⁰⁵³ aduz que a dificuldade reside em saber se ocorre efetivamente a violação de norma destinada a impedir o cometimento de delitos por terceiros, eis que nem toda violação de tais normas gera um risco juridicamente desaprovado, mas tão somente um indício dela. Bem por isso, entende ser impróprio afirmar a punibilidade de um comportamento neutro pelo simples fato de haver violação de uma norma de cuidado, e para densificar seu pensamento invoca o art. 163 do Código Nacional de Trânsito brasileiro, o qual caracteriza como infração administrativa o ato de entregar veículo automotor a condutor desprovido de carteira de habilitação, ao passo que o art. 310 do mesmo diploma qualifica como crime a conduta do pai que faculta o uso do veículo a um filho menor de dezoito anos, mas que já é um condutor exímio. Argumenta que este segundo comportamento não cria risco juridicamente desaprovado de homicídios, mesmo que a norma de trânsito tenha sido descumprida.

Data maxima venia, inobstante a respeitabilidade do jurista de Humboldt, ao que parece sua infundada crítica mais se justifica porque se posiciona pela majoritária impunidade das condutas tidas como neutras. Tais críticas se esfacelam porque: a) o exercício da função de garante gera não apenas o direito, mas o dever de proteção à integridade do bem jurídico, o qual precisa atuar com o zelo e a prudência próprios do homem cauteloso, que deve avaliar os riscos criados sob a perspectiva *ex ante*, e sem tangenciar os conhecimentos especiais de que dispõe para representar continuamente os resultados lesivos potenciais, seja por sua ação (v. g., vender uma faca a alguém que minutos antes travava luta corporal com terceiro), seja por

2052 KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 2. ed. Göttingen: Otto Schwartz, 1988. p. 283 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 95.

2053 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 98.

omissão (v. g. deixar de exigir a apresentação da prescrição médica na venda de uma medicação de uso controlado); b) é impossível aferir a ocorrência de um comportamento colusivo sem tomar em consideração as circunstâncias fáticas do caso concreto, e especialmente a motivação do agente colaborador, sobretudo quando o incentivo financeiro é de tal magnitude a ponto de induzir uma postura de “cegueira deliberada” do agente colaborador; c) ao optar por malferir deliberadamente uma norma destinada a impedir o cometimento de delitos por terceiros, o agente assume riscos cujo alcance ele dificilmente consegue avaliar sob uma perspectiva *ex ante*, e quanto ao exemplo de Greco, do menor de idade que seria exímio guiador, além de se tratar de situação muito improvável, estatisticamente, não pode tangenciar o contexto da situação concreta, pois se o veículo for cedido pelo pai para que o jovem siga com amigos a uma festa noturna haverá enorme probabilidade de que o filho consuma bebida alcoólica e se envolva num acidente de trânsito. Destarte, um pai minimamente prudente jamais emprestaria o carro, e recomendaria que o filho fosse a seu destino de táxi.

6.5.2 Puppe

Ingeborg Puppe entende ser impossível alcançar uma regra unitária ou um conceito básico capaz de resolver o problema das ações neutras²⁰⁵⁴, eis que em sua perspectiva, o problema da cumplicidade por meio de ações ditas neutra atrai a colisão de dois princípios, razão por que se torna difícil determinar o “ponto de virada”, no qual o princípio prevalente deve ceder lugar ao princípio concorrente. Inicialmente, a jurista polonesa distingue os casos em que a entrega do objeto favorecedor do delito se deu temporalmente distante da conduta do agente principal, daqueles em que o ato de favorecimento ocorreu próximo do ato favorecido. Argumenta ela que, se o objeto entregue puder ser livremente obtido, a proibição será inidônea para tutelar o bem jurídico, mas caso a posse do objeto seja regulamentada, tal como se verifica com armas de fogo, veneno ou fármacos vendidos sob prescrição médica, a conduta aparentemente neutra será punível, pois o propósito da regulamentação é precisamente inibir o cometimento de crimes. Além disso, assinala que estando a conduta principal na iminência de ser cometida, e sabendo o agente colaborador sobre o propósito do agente principal, a entrega de objetos sujeitos a regulamentação será proibida, sob pena de restar configurada a cumplicidade, especialmente porque já não existirá a mesma facilidade de

2054 PUPPE, Ingeborg. *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 151 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 98.

obtenção do objeto em qualquer lugar diverso. Aduz igualmente que a situação será ainda mais evidente quando o agente colaborador favorece um fato principal em fase de execução, pois, mesmo que o cúmplice não tenha interesse e se limite a cumprir seu “papel social”, ainda assim sua conduta será penalmente reprovável²⁰⁵⁵.

Fonseca de Aguilár²⁰⁵⁶ relembra que nos negócios da vida cotidiana, tais como pagamento de dívidas ou entrega de mercadorias, o problema do conhecimento do agente colaborador se mostra praticamente irrelevante, pois raramente o credor se dá ao trabalho de informar ao devedor como pretende usar o dinheiro do pagamento recebido, assim como dificilmente aquele que compra uma faca ou um machado vai confessar ao respectivo vendedor que almeja usar aquele objeto como instrumento de um crime. Contudo, o jurista português reflete se o vendedor da faca ou do machado poderia ter conhecimento sobre a futura aplicação delitiva daquele objeto, pelo agente do fato principal, e nesse pormenor aponta as pistas propostas por Puppe, para quem não será possível resolver o problema sob a perspectiva de uma colisão de interesses (liberdade de ação vs. proteção do bem jurídico), mas sim, a partir da regulação de deveres de diligência, e por consequência, o problema não será solucionável mediante um simples conceito de subsunção. Aduz mais que Puppe reconhece a inexistência de uma resposta universal para saber se a entrega de bens livremente disponíveis no mercado, e que facilitarão um delito alheio, configura a violação de um dever, eis que qualquer atividade geral permitida pode ser exercida em termos proibidos, quando seja perigosa no caso individual e o agente colaborador disso saiba, ou disponha de indícios suficientes para inferir o risco de favorecimento.

Aguilár²⁰⁵⁷ adverte ainda que Puppe se posicionou sobre as teorias da adequação social e da adequação profissional, e sobre as mesmas teria aludido que tais institutos não representam categoria independente da dogmática da cumplicidade, pois a punição da cumplicidade não exigiria a afronta de qualquer outra norma de proibição, senão mesmo a própria norma que veda a cumplicidade, e que quase todos os exemplos clássicos de cumplicidade corresponderiam a condutas que, em si mesma consideradas, se afigurariam socialmente adequadas e aparentemente desconectadas do fato principal. Nessa ordem de ideias, o comentário de que um vizinho rico viajou por seis semanas pode ser algo neutro, ou socialmente adequado, se feito a um policial ou ao carteiro, mas poderá ser um ato de cumplicidade, se compartilhado com indivíduo que já tenha sido condenado por crimes contra

2055 PUPPE, Ingenborg. Ob. cit., p. 153 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 99.

2056 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 153-154.

2057 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 157.

o patrimônio e que provavelmente furtará bens do imóvel vazio. De fato, assiste inteira razão a Puppe, pois inexitem condutas neutras de *per se*, além do que o exame sobre a eventual ocorrência de cumplicidade jamais poderá ser realizado com segurança se o comportamento tido como neutro for retirado do contexto fático em que se deu.

Luís Greco²⁰⁵⁸, contudo, pensa de forma diversa e dispara seus petardos assinalando que: a) a primeira fragilidade da concepção de Puppe seria seu casuísmo; b) se revela injustificada a conformação da jurista polonesa quanto à pretensa impossibilidade de resolver o problema das ações neutras a partir de uma teoria geral, pois tarefas mais difíceis já foram cumpridas pela dogmática penal; c) a construção teórica de Puppe sobre o princípio da idoneidade se mostra um tanto intuitiva, e por isso mesmo insuficiente para tratar das ações neutras; d) Puppe se limita a enunciar grupos de casos, sem maior critério, e com base em considerações de mera plausibilidade; e) a concepção se mostra igualmente limitada na medida em que se refere principalmente a objetos, e não a prestações em geral, e tampouco aborda as hipóteses de prestações de serviços, como o caso do taxista ou da consultoria jurídica; f) a escolha da regulamentação de venda de um objeto, como critério para decidir a questão jurídico-penal da eventual punibilidade de determinado comportamento também se mostra frágil, eis que incumbe ao direito penal, e não ao direito administrativo, a tarefa de separar as condutas puníveis das impuníveis.

6.5.3 Fonseca de Aguilar

O problema da cumplicidade por meio de ações ditas neutras foi objeto da tese de doutoramento apresentada em janeiro de 2012, pelo Prof. Francisco Manuel Fonseca de Aguilar, e defendida perante o júri respectivo em março de 2013. Dita tese, intitulada “Dos comportamentos ditos neutros na cumplicidade”, veio a ser publicada em 2014, e mereceu justos encômios pelos doutos membros do júri, pois enfrenta o tema com profundidade e esmero. De fato, após delimitar dogmaticamente o problema das ações ditas neutras, Fonseca de Aguilar as aborda o tema, de forma sistematizada e crítica, após classificá-las em três categorias: a) teorias de tendencial impunidade, b) teorias de punição moderada, c) teorias de tendencial punição. E conquanto sejam as primeiras muito mais numerosas, especialmente no âmbito da doutrina alemã, tratou de subdividi-las a partir do tipo objetivo, ou das causas de justificação, segundo as propostas de solução delas derivadas. Adiante, e somente após

2058 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 100-101.

detalhada exposição das variadas concepções de juristas de escol, alguns dos quais foram aludidos nos tópicos anteriores deste capítulo, Fonseca de Aguiar não apenas consigna suas bem fundamentadas reflexões críticas às diversas concepções teóricas, como aborda igualmente o tema à luz da jurisprudência alemã (antes e depois de 1998), da jurisprudência suíça, da jurisprudência italiana, da jurisprudência anglo-americana, e naturalmente assinala, mesmo que brevemente, a posição que tem sido adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça luso sobre o tema.

Somente na segunda parte de seu meticuloso estudo é que Fonseca de Aguiar oferece sua contribuição pessoal à dogmática, e o faz com esmero digno de nota. Principia enfrentando o conceito material de crime na cumplicidade em fato ilícito alheio, e nesse tocante invoca as palavras academicamente iniciáticas de Gustav Radbruch, publicadas em 1945, após o final da WWII, as quais foram dirigidas aos estudante de Heidelberg: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei”. Contudo, ponderou o jurista português que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática de um crime, ao passo que o jurista, especialmente após o perecimento das ideias jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhe devem. Pondera que “a lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver por seu lado a força para se fazer impor”²⁰⁵⁹. Aduz ainda que o Estado não deve criminalizar tudo aquilo que lhe aprouver, pois sua vontade é insuficiente, ainda que orgânica, procedimental, formal e democraticamente inatacável, para fundar a legitimidade da intervenção penal positiva, isto porque, segundo as preciosas lições de Kaufmann²⁰⁶⁰, “a validade do Direito (a sua validade material) (...) não pode residir na vontade do legislador ou no consenso da sociedade, pois, do contrário (...) o injusto (...) teria de ser aceite como Direito vinculante”.

Aguiar²⁰⁶¹ relembra que o dever, enquanto proibição de comando, deve ser precedido por um dever moral, sob pena de ser materialmente inválido, entretanto, a obrigação jurídica não se vincula com o complexo total de valores morais, mas apenas com o valor justiça, que além de ser seu mais elevado fundamento valorativo, reside no mais elementar núcleo da vida humana em comunidade. Precisamente por isso, nenhuma conduta humana que venha a ser incriminada poderá ser axiologicamente neutra, sob pena de ilegitimidade e invalidade

2059 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 681.

2060 KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München: Beck, 1997. p. 216 *apud* AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 715.

2061 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 716.

materiais da respectiva tipificação²⁰⁶². Por outro lado, não se pode descurar que a incriminação de uma conduta somente se justifica para tutelar um bem jurídico, mas nem todos os bens jurídicos têm suficiente dignidade punitiva, e por isso mesmo nem todos poderão ser elevado à categoria de bens jurídico-penais²⁰⁶³.

A propósito da aferição da legitimidade da intervenção penal positiva, o jurista luso leciona que, tal qual se observa em relação à autoria, inexistente um único tipo penal de cumplicidade, pois tantos serão os tipos de cumplicidade quantos forem os tipos penais de autoria contemplados na parte especial do código penal, como igualmente na legislação avulsa, pelo menos segundo se pode extrair da textualidade do art. 27º, nº 1, do CP português, a qual não pode ser reputada iníqua ou meramente figurativa. Além disso, considerando a natureza acessória da cumplicidade, tem-se por certo que a aferição do grau de imoralidade da conduta do agente colaborador dependerá, à partida, do juízo de imoralidade sobre a conduta do agente principal²⁰⁶⁴. Por consequência, só será legítima a punição do comportamento do cúmplice quando houver um bem jurídico-penal sendo por ele indiretamente ofendido, de modo que tal bem jurídico deve ser tutelado, não apenas em relação à conduta do autor principal, como ainda em relação à conduta do próprio cúmplice. E se assim não fosse, seria político-criminalmente insustentável defender punição apenas em desfavor do agente principal, sob pena de se conferir legitimidade à criação de negócios de apoio ao ilícito criminal alheio²⁰⁶⁵. Nessa ordem de ideias, adverte Aguilar que “todas as teoria relativas à fundamentação da cumplicidade que desconsiderem a aferição da imoralidade da conduta auxiliada como contrariedade à ideia básica de igualdade que surge como expressão do fim de justiça do Direito, a tutela dos bens essenciais à vida do homem em sociedade, e a necessidade dessa mesma tutela assumir as vestes do Direito penal, deverão ser liminarmente rejeitadas”²⁰⁶⁶.

A partir de tais balizas principiológicas, Aguilar sugere que a única via por meio da qual o direito penal consegue operar a tutela do bem jurídico é através da orientação conformadora da conduta, vale dizer, é através da conformação prospectiva do comportamento dos destinatários da norma de conduta penal²⁰⁶⁷, pois é da conduta humana que se extrai a autoria, e o critério de definição da autoria não pode ser meramente causal, naturalístico e tributário

2062 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 723.

2063 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 727.

2064 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 733.

2065 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 734-735.

2066 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 736.

2067 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 744.

do velho edifício da escola clássica, sobre cujas ruínas ainda se funda o atual direito penal²⁰⁶⁸. É nessa esteira que Aguilar adverte ser necessário desenvolver uma doutrina que aparte a autoria da cumplicidade através da regulação da conduta, como único crivo legítimo em face do conceito material de crime, e quanto ao ponto, sustenta que a teoria do domínio do fato deve ser radicalmente suprimida, ou pelo menos reconstruída, para indicar o que importa no quadro da legitimidade material da intervenção penal, e em lugar de apurar tão somente o “domínio do fato”, deverá aferir “o domínio da violação das normas de conduta penais”²⁰⁶⁹. Por outro lado, em indireta alusão às origens da mencionada construção teórica, Aguilar pontua que nem o § 27, nº 1, do StGB alemão, tampouco o art. 27º, nº 1, do CP português, devem ser concebidos como tipos restritivos da punibilidade da autoria, mas apenas como uma delimitação do conceito de autoria delitiva, que se opera mediante o alargamento da tutela jurídico-penal a um segundo círculo normativo de destinatários, classificados como cúmplices. Aduz mais que o ponto de partida desse raciocínio é a condição *sine qua non*, segundo a qual todos aqueles que contribuem com qualquer intervenção para o fato na sua configuração concreta poderiam ser considerados causa do mesmo, e como tal, autores²⁰⁷⁰. Aliás, é precisamente por inspiração da teoria monista que o art. 29 do CBP assinala que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Tecendo considerações sobre o disciplinamento das condutas e a autorresponsabilidade na seara penal, Fonseca de Aguilar relembra que, segundo a teoria pura da causação, o ilícito do cúmplice é completamente autônomo em relação ao injusto penal do autor principal, pois o que importa é tão somente saber se o “homem de trás” realiza dolosamente sua conduta típica, pois ela própria representará uma ofensa direta ao bem jurídico penalmente tutelado. E para além disso, a ideia de independência do ilícito do cúmplice em relação ao ilícito do agente principal pode, em decorrência de concepções extremadas, dispensar a relevância do desvalor do resultado na conduta do cúmplice, seja apontando-a como crime de perigo abstrato, seja conduzindo-a a resultados absurdos²⁰⁷¹. Assevera mais que a teoria da causação se recusa a reconhecer que o ataque ao bem jurídico, tal como promovido pelo cúmplice, é indireto, e que tentar conferir-lhe cariz de ataque direto não passa de uma ficção²⁰⁷². Precisamente por isso, argumenta Aguilar que uma teoria da fundamentação da cumplicidade que ignore o princípio

2068 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 749.

2069 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 751.

2070 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 757-758.

2071 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 760.

2072 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 765.

da autorresponsabilidade será materialmente ilegítima, e não justificará uma intervenção penal autêntica²⁰⁷³, à luz do art. 18º, nº 2, da CRP/76.

Ainda em defesa da natureza acessória da cumplicidade, o jurista luso adverte que, em última análise, a confusão produzida pela doutrina alemã nesse ponto deriva da não compreensão da acessoriedade, e isto tem resultado na percepção de que, tanto na Alemanha quanto em Portugal, o cúmplice seja punido apenas se sua conduta produzir um resultado, assim entendido, um fato doloso do autor²⁰⁷⁴. Nessa ordem de ideias, após refletir sobre: o) o significado da acessoriedade, b) a consequente ruptura das questões relativas à dependência da estrutura dos tipos de cumplicidade quanto aos respectivos tipos de autoria; c) sobre o fundamentos da punição da cumplicidade a partir de um conceito material de crime, Aguilar propõe a teoria da plena emancipação normativa do ilícito concreto do cúmplice como ataque indireto ao bem jurídico²⁰⁷⁵, em contraposição à teoria da “causação pura”, segundo a qual a conduta do agente principal não seria mais do que o suporte do desvalor do resultado da cumplicidade.

Quanto ao espaço temporal entre a conduta do agente colaborador e a conduta do agente principal, Aguilar²⁰⁷⁶ adverte que: a) isso se verifica até o momento em que o sentido do comportamento do “homem de trás” possa corresponder ao sentido da intencionalidade normativa relativa a um “não auxiliarás um ilícito alheio”; b) após a cessação do comportamento do agente principal, a conduta do cúmplice perde o sentido de favorecimento, e a essa condição só poderá retornar se versar sobre uma outra normatividade correspondente, tal qual a ocultação ou aproveitamento das vantagens decorrentes da violação ao primeiro tipo penal malferido; c) o realmente importante no momento da cessação da conduta do autor principal não coincide obrigatoriamente com o momento da consumação típica do fato principal; d) a partir do encerramento do comportamento antinormativo do autor principal, eventuais contribuições do cúmplice poderão incidir sobre tipos penais autônomos, tais como os crimes de favorecimento pessoal, receptação ou auxílio material.

Conclusivamente, e no plano das condutas penalmente relevantes, Aguilar²⁰⁷⁷ argumenta ser insustentável que a doutrina continue a apregoar um direito penal do fato, posto que revela uma realidade meramente estática, a ponto de justificar a etiqueta de “direito penal do fato fotográfico”. Aduz que a persistência da aferição do fato como um elemento natural e

2073 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 763.

2074 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 766-767.

2075 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 769.

2076 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 776.

2077 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 852-853.

descontextualizado se mostra inaceitável para fins de avaliar o eventual desvalor de uma conduta humana violadora da norma penal, pelo menos sob uma avaliação retrospectiva. Por isso sugere que a causalidade seja delimitada como “causalidade individual”, pois somente assim ela observará seu autêntico limite de atribuir um determinado fato a um determinado comportamento humano. Assinala, finalmente, que: a) a verdadeira histeria da doutrina alemã sobre o tema das ações ditas neutras explica a multiplicação de soluções frequentemente sobrepostas e aglutinadoras, e que carecem de sustentabilidade sistêmica por falta de vocação universal; b) o caminho trilhado pela doutrina alemã é materialmente inaceitável porque, ao partir do dogma do aumento do risco proibido na cumplicidade, através de atos ditos neutros, ignora o conceito material de crime, descontextualiza a conduta do agente colaborador, e cria uma ficção de função conformadora da norma de conduta penal; c) na teoria da imputação objetiva a conduta do agente é percebida sob o prisma de uma causalidade geral, e não de uma causalidade individual; d) inexiste formação de norma de conduta penal onde o perigo ao bem jurídico, apesar de estatisticamente detectável, não pode ser comunitariamente percebido pelos indivíduos destinatários da norma, no contexto do caso concreto; e) a teoria do comportamento violador da norma de conduta é concretizada por uma percepção intersubjetiva da existência de perigo ao bem jurídico; f) o significado de um comportamento e sua materialidade só podem ser percebidos intersubjetivamente se for avaliado dentro do contexto fático no qual foi produzido; g) o risco penal criado ou aumentado não deve ser o risco avaliado matematicamente, razão por que seu juízo de prognose deve ser feito pelo homem inteligente e moralmente orientado; h) o modelo de um direito penal do comportamento descontextualizado se mostra inaceitável porque representa o direito penal das soluções de privilégio, de fraude à norma e das arbitrárias soluções de “abracadabra”, próprias das correntes de tendencial impunidade; i) os receios doutrinários de uma sociedade da desconfiança, da paralisação de interação social, de castração da liberdade geral de ação e das liberdades econômicas são especulações de uma doutrina de cariz histérico que propõe soluções de tudo ou nada, soluções de impunidade qualitativa hiporresponsabilizadora de certos nichos de atividades ou profissões; comportamentos intrinsecamente neutros é um conceito inexistente, um autêntico oxímoro, eis que são concebidos pela doutrina de forma descontextualizada, de forma pré-fabricada, na medida da necessidade do juízo objetivo-estatístico da teoria da imputação objetiva que, em nome do aumento da ameaça à liberdade

geral de ação, abre portas a um direito penal de soluções de privilégio em prol de atividades e profissões mais lucrativas e honradas²⁰⁷⁸.

6.5.4 Ferreira Leite

É necessário destacar, à partida, que Inês Ferreira Leite não se dedicou especificamente ao exame do concurso de agentes, tampouco ao problema de cumplicidade por meio de ações ditas neutras, quando da construção de sua tese de doutoramento, entretanto, a partir de seu trabalho é possível extrair valioso contributo à melhor compreensão do tema que serve de objeto a este capítulo. Com efeito, ao abordar as questões do tipo social, tipo legal e união de sentido, Ferreira Leite²⁰⁷⁹ argumenta que o legislador se encontra vinculado não apenas às percepções sociais sobre a conduta humana, mas igualmente à valoração (positiva ou negativa) dos comportamentos sociais, e ainda aos modos de agir reputados criminosos. Agrega que tal vinculação costuma ser criticada no âmbito do concurso de normas, mas se revela mais tolerada quando são percebidas como socialmente adequadas, ou ainda quanto à aferição de certos aspectos da tipicidade, da exclusão da ilicitude ou da culpa, e isto se dá porque a compreensão do sentido jurídico da conduta não deriva da mera leitura do tipo legal, mas por se tratar de um reflexo do tipo social. Reconhece mais que a descoberta e delimitação das condutas abrangidas pelo tipo legal não pode ficar imune às valorações sociais, até porque se trata de sentidos sociais dependentes do tipo e demarcados pelos princípios constitucionais. Além disso, a adequação social encontra seu lugar principal no tipo, como fonte de critérios de valoração de conduta, segundo os filtros da ofensividade, da perigosidade, da imutabilidade ao resultado, ou mesmo de sua eficácia para lesionar o bem jurídico²⁰⁸⁰.

A jurista portuguesa²⁰⁸¹ pondera ainda que as valorações sociais são presença constante e irremovível na teoria geral da infração, sendo frequentemente observadas na análise dos institutos da omissão, da ilicitude, da culpa, da tentativa, da negligência e da participação. Precisamente por isso, seria estranhável que a doutrina do concurso de normas tangenciasse a adequação social como critério jurídico. Por igual, aduz que o tipo social representa um instrumento hermenêutico que transcende o sistema normativo, por referência a uma realidade exterior, de modo que condensa os sentidos jurídico e social do comportamento do indivíduo.

2078 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1042-1047.

2079 LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento. Contributos para a racionalidade do poder punitivo público. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 938-939.

2080 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 940-941.

2081 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 942-943.

Aliás, invocando as respeitáveis lições do saudoso Prof. Augusto Silva Dias²⁰⁸², pontua que os tipos sociais são “modelos sociais de conduta, mais ou menos nuclearmente precisos e perifericamente difusos, aos quais a experiência axiológica comunitária atribui um desvalor qualificado”. Além disso, se vale de Kaufmann para afirmar que, conquanto não corresponda à norma e possua uma amplitude flexível, o tipo social serve apenas como mediador entre a norma jurídica e o caso da vida, razão por que corresponde a uma espécie de padrão de comportamento normativo-social inverso, ou dito por palavras distintas, o tipo social seria a expressão da violação da norma e corresponderia a um padrão comportamental socialmente comum, daqueles que negam a vigência da norma. Admite, entretanto, que o *tertium genus* entre o fato naturalístico e a norma não corresponde ao tipo social, enquanto reflexo da realidade simbolicamente transposta para o tipo legal do crime, mas sim ao sentido normativo-social do comportamento humano²⁰⁸³.

Adiante, Ferreira Leite reflete que mesmo aqueles que compreendem o Direito como um sistema autopoietico precisam aceitar a presença necessária de pontes de comunicação entre o Direito e a sociedade, entre a norma e a valoração social, pois é por intermédio do tipo social de crime que se torna possível adquirir uma visão global do crime, acessível ao leigo, que se escolhe adotar uma “visão desfocada” do crime e assim confiar na formação da consciência da ilicitude sem um efetivo e atualizado conhecimento da norma jurídica. Adverte ainda que tal “visão desfocada” se torna útil ao jurista em vários aspectos, pois permite identificar “pedaços de vida”, selecionar fatos relevantes e irrelevantes, e ainda compensar a rigidez de determinados critérios normativos²⁰⁸⁴.

A jurista portuguesa pontua ainda que, através dessa multicitada “visão desfocada” do fato se faz possível uma apreciação global final sobre a eventual ocorrência do crime, bem como da punibilidade do agente, mas em paralelo, somente por meio do método científico aplicado à teoria geral da infração é que se pode conferir maiores garantias de certeza e justiça à interpretação dos fatos, isto porque somente com a visão do leigo seria muito remotamente possível alcançar soluções coerentes e justas para todas as variações do crime. Por outro lado, quando o jurista recorre à “visão desfocada” consegue não apenas perceber o fato em sua perspetiva global (que por vezes se perde durante a análise meramente científica), como ainda identificar a unicidade jurídica do fato. Com isso, a valoração social corresponde a um

2082 DIAS, Augusto Silva. “*Delicta In Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Tese de doutoramento. Lisboa, 2003. p. 403.

2083 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 944-945.

2084 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 948-949.

contexto, a partir do qual é possível identificar uma união de sentido entre o tipo social e o tipo legal, contrariamente ao que tenha sido observado pela jurisprudência alemã²⁰⁸⁵.

É imperativo reconhecer, pelo menos nesse ponto, há convergência entre as concepções de Inês Ferreira Leite e Francisco Manuel Fonseca de Aguiar. Com efeito, ambos os juristas defendem a necessidade de que a conduta humana com aparente subsunção à norma penal seja examinada dentro de um contexto fático, sob pena de que esta descontextualização retire do intérprete a capacidade de extrair com segurança e justiça o real sentido do comportamento.

Com efeito, um advogado pode realizar uma consultoria jurídica independente através da qual realize uma análise da situação fática do cliente, e a partir disso concretize um diagnóstico sobre a licitude ou ilicitude de suas ações, sobre a culpabilidade ou impunidade do cliente, sobre as eventuais estratégias jurídicas a serem adotadas, seja perante os órgãos de investigação ou de persecução penal, seja perante o tribunal competente. Caso o ajuste de honorários se dê antes da consultoria, de forma proporcional à natureza e complexidade do trabalho, é possível dizer que o profissional estará adotando uma conduta penalmente neutra. Todavia, se a tal consultoria jurídica é contratada antes de uma operação que o cliente tenciona realizar, potencialmente enquadrável nos tipos penais da sonegação fiscal, ou mesmo do branqueamento de capitais, e se o propósito daquela orientação jurídica é minimizar os riscos de eventual punibilidade da conduta, ainda que o valor deste serviço especializado seja precisamente o mesmo, resulta óbvio que a conduta do advogado já não será penalmente neutra.

De fato, como bem sustenta Ferreira Leite, a unicidade do fato não decorre do tipo legal, tampouco é criada pelo tipo social, contudo, é reconstruída a partir das interpretações dos tipos legais, e com o auxílio das valorações sociais. Assim, para densificar o exemplo, a jurista maneja um exemplo envolvendo o furto de uso de um veículo. Nesse sentido argumenta que “sempre que o agente pratique o crime de furto de uso de veículo, estará também a ‘furar’ a gasolina, pois esta será consumida mediante a condução do veículo. Poderá falar-se, então, de um concurso efetivo de crimes? Parece que não – e bem -, pois verifica-se uma força prevalecente do tipo social, como unidade do sentido, que não permite a cisão da conduta em dois factos jurídicos autónomos”²⁰⁸⁶.

Ferreira Leite admite que certo segmento da doutrina opõe críticas à unidade natural da ação e à visão social da unicidade do fato, mas se equivoca ao olvidar que mesmo adotando

2085 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 950-952.

2086 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 952-953.

tal perspectiva, jamais seria possível delimitar a unicidade do fato sem recorrer a critérios jurídicos e a uma valoração normativa final²⁰⁸⁷, pois é através da ponderação entre a conduta contextualizada do agente e a conduta previsível de um agente ideal em circunstâncias análogas, que se poderá cotejar a primeira aos critérios de normalidade social. Nessa ordem de ideias, é necessário admitir o crime como um comportamento social integrado aos critérios de normalidade social, mas isto não implica dizer que aquela conduta criminosa se converta em uma ação neutra²⁰⁸⁸. Precisamente por isso, e inobstante reconhecesse no crime um caráter patológico, Émile Durkheim²⁰⁸⁹ o reputava como um fenômeno social, não apenas normal, mas também necessário e útil ao desenvolvimento saudável da sociedade, eis que funcionava como motor de transformação da moralidade social.

Além disso, a jurista lusitana adverte que não pretende sedimentar a ideia da unidade do crime a partir da clássica cisão dos elementos do crime em essenciais (imutáveis, como o dolo e a negligência, por exemplo) e acidentais (variáveis, como o objeto ou a motivação do crime), tal como adotada quando da vigência do CP português de 1886, mas a partir da perspectiva de que a reconstrução interpretativa da unidade normativo-social do fato exige a presença de elementos importantes, tais como a intenção ou finalidade do agente, por seu sentido social, e também porque uma vez materializada, pode evidenciar indícios do motivo da conduta, em casos de dúvida²⁰⁹⁰.

Em reforço argumentativo, salienta que o instituto do *ne bis in idem* (tema central de sua tese), exige uma decomposição valorativa, que se opera a partir da primeira visão desfocada sobre o fato, ponderando individualmente cada um de seus elementos, bem como o contexto produzido pelo conjunto dos mesmos, tudo de modo a identificar e reconstruir a unicidade normativo-social. E para densificar seu pensamento, aponta exemplos não apenas no direito penal clássico (homicídio e dano), mas também no âmbito do direito penal econômico (branqueamento de capitais ou burla informática)²⁰⁹¹.

Finalmente, e abordando de forma específica o delito de branqueamento de capitais (por ela percebido como uma situação de anomia), Ferreira Leite²⁰⁹² leciona ser possível que ao tipo legal não corresponda um tipo social perfeitamente consolidado, caso em que o legislador

2087 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 956.

2088 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 958-959.

2089 DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. 16. ed. Paris: Les Presses universitaires de France, 1967. p. 15. Disponível em: <https://prepasaintsernin.files.wordpress.com/2022/05/durkheim-regles-methode.pdf>. Acesso em: 25.05.2023.

2090 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 965-966.

2091 LEITE, Inês Ferreira. Ob. cit., p. 964-966.

2092 LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento. Contributos para a racionalidade do poder punitivo público. v. 2. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 103-105.

se vê impelido a incriminar condutas por força de obrigações internacionais ou condutas de remota frequência social. Exemplifica sua hipótese assinalando o crime de branqueamento e sua problemática relação de concurso com o delito subjacente.

Relembra que o STJ português se deparou com tal problema, o qual pretendeu solucionar através do Acórdão de uniformização de jurisprudência nº 13/2007, de 22 de março. Salienta que naquele julgado a Corte tinha diante de si duas questões: a) averiguar se o autor do crime antecedente podia também cometer o crime de branqueamento; b) decidir a questão do eventual concurso de crimes. Nessa esteira, assinala que o esclarecimento da autoria do crime de branqueamento exige interpretar o tipo de crime em causa, e não a matéria do eventual concurso delitivo.

Nesse pormenor, invoca as lições de Pedro Caiero, Germano Marques da Silva e Jacqueline Ross para reconhecer a evidência de que o tipo admite que haja plena identidade entre os autores do crime antecedente e os autores da lavagem de ativos, vale dizer, que é possível o auto-branqueamento. E por último, aduz que segundo o entendimento de Lourenço Martins, se o legislador nada estipulou quanto ao concurso entre o crime antecedente e o branqueamento de capitais é necessário deduzir que teve a intenção de apontar a prevalência da regra geral do concurso efetivo.

6.5.5 Outras concepções

Concluído o exame das quatro concepções dissociadas dos caminhos resolutivos clássicos, que buscam solucionar o problema da cumplicidade nas ações ditas neutras (seja pelo tipo objetivo, seja pelo tipo subjetivo, seja por ambos os elementos do tipo, ou ainda através das causas de justificação), passaremos a uma abordagem panorâmica de algumas outras concepções, reputadas casuísticas por Greco. Conquanto as chamadas ações neutras não constituam o núcleo central deste trabalho, e considerando ainda que já houve suficiente aprofundamento do debate nos tópicos pretéritos, dedicados às teorias majoritárias e minoritárias sobre o tema, a abordagem das concepções ditas casuísticas se dará tão somente para fins de ampliação de horizontes dos honrados leitores.

Em sua panorâmica abordagem, Luís Greco assinala nada menos que 14 (quatorze) outras concepções formuladas por juristas de variadas nacionalidades, pretensamente distintas daqueles que conceberam as 22 (vinte e duas) teorias já expostas entre os títulos 6.2 e 6.5. Nessa tarefa argumenta que: a) Mayer-Arndt sugere punir tão somente os casos nos quais a contribuição do cúmplice favoreça uma ação principal que seja exclusiva ou principalmente

uma violação da lei penal²⁰⁹³; b) Arzt admite a impunidade do agente colaborador sempre que, de forma cumulativa: b.1) inexista dolo direto de primeiro grau, b.2) ocorra ponderação de interesses que considere a utilidade da proibição para sociedade, b.3) inócorra o dever de notificar a prática de crime²⁰⁹⁴; c) Hefendehl preconiza serem vedadas as contribuições no caso de: c.1) colusão com o agente principal, c.2) violação dos deveres especiais de cuidado relativos a bens jurídicos especialmente valiosos, c.3) ocorrência de deveres gerais de solidariedade²⁰⁹⁵; d) Rogat almeja solucionar o problema das ações neutras mediante o uso dos critérios gerais de imputação da cumplicidade, nomeadamente a insignificância e o risco permitido²⁰⁹⁶; e) Tag busca diferenciar os casos de cooperação entre autor principal e cúmplice das situações de colidência entre os fins de ambos, e sugere que os primeiros sejam puníveis, mas que os demais restem impunes, além do que confere a eficácia punitiva por cumplicidade às normas gerais de solidariedade²⁰⁹⁷; f) Ransiek sustenta serem puníveis, tanto a violação de norma inibitória de crimes de outrem, como também o agente colaborador que dispõe de um conhecimento seguro de que o agente principal cometerá uma conduta criminosa, mas defende serem impunes as hipóteses em que: f.1) o fato atende tão somente a necessidades vitais básicas do cúmplice, f.2) a conduta favorecedora possa ter utilidades legais ou ilegais, f.3) o cúmplice apenas se manteve dentro de sua própria esfera de liberdade²⁰⁹⁸; g) Murmann pondera que o problema não é de direito penal, mas das instâncias valorativas precedentes que admitem a ação do agente colaborador como uma conduta socialmente adequada²⁰⁹⁹; h) Behr condiciona a punibilidade do cúmplice à existência de pontos de apoio concretos para viabilizar a consecução do delito em momento posterior²¹⁰⁰; i) Feijóo Sanchez invoca o critério da configuração do mundo de forma exclusivamente delitiva pelo partícipe²¹⁰¹; j) Stratenwerth se vale do conceito de “sentido delitivo”, mas reconhece sua vaguidade²¹⁰²; k) Hoyer busca distinguir as condutas impregnadas de dolo direto de primeiro grau, nas quais qualquer favorecimento se mostra suficiente, daquelas que contém dolo direto de segundo grau (conhecimento seguro) ou dolo eventual, caso em que entende ser necessária a ocorrência de violação de uma norma especial de comportamento²¹⁰³; l) Forster preconiza

2093 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 101.

2094 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 101-102.

2095 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 102.

2096 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 102.

2097 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 102.

2098 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 102.

2099 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103.

2100 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103.

2101 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103.

2102 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103.

2103 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103.

como condições para a punibilidade do cúmplice, a conjugação de quatro critérios: l.1) prognose sobre o grau de ofensividade da contribuição aos olhos do colaborador, l.2) risco gerado por eventual violação de norma de cuidado, l.3) eventual sentido delitivo do favorecimento, l.4) ocorrência de evidente inclinação para o feito, se a conduta se deu com dolo eventual²¹⁰⁴; m) Schall defende a ideia da solidarização e defende a impunidade quando o colaborador não agiu em clara colusão com o agente principal, mas admite a punibilidade nas hipóteses em que os atos de favorecimento contrariem normas gerais de solidariedade²¹⁰⁵; n) Moos admite a punição do agente colaborador que: n.1) atua em violação de norma cuja finalidade é evitar tal perigo, n.2) submete sua contribuição às necessidades da conduta principal, n.3) manipula especialmente o ato de favorecimento a partir das necessidades do agente principal, mas defende a impunidade do partícipe sempre que ele detiver um interesse legítimo próprio na realização da prestação, contudo excetua a hipótese em que esta possa ser utilizada apenas com finalidade delitiva²¹⁰⁶.

Conclusivamente, e corroborando a assertiva de Aguilar²¹⁰⁷ sobre a aparente histeria da doutrina germânica acerca das ações ditas neutras, Luís Greco reconhece que: a) o exame panorâmico das diversas construções teóricas disponíveis sobre a cumplicidade por meio de ações ditas neutras demonstra: a) a insuficiência de todas elas; b) a necessidade de perquirir as razões para tal “caleidoscópio de soluções”²¹⁰⁸; c) a presença de indícios de que aparentemente cada jurista principia sugerindo respostas, em vez de fixar os limites das perguntas necessárias, tais como: c.1) o que são ações neutras?, c.2) a conduta de um pai que disponibiliza um veículo a um filho sem carta de habilitação configura ação neutra?, c.3) por quais razões certas ações neutras devem ser punidas e outras recompensadas com impunidade?, c.4) qual o liame entre o fundamento da isenção de punibilidade e os diversos critérios para voltados a justificá-la²¹⁰⁹?

6.6 Liberdades profissionais ou injustos puníveis?

Relativamente ao argumento da neutralidade de conduta a partir de liberdades profissionais, Kai Ambos corrobora tal entendimento e defende um rol de situações que

2104 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 103-104.

2105 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 104.

2106 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 104.

2107 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1042.

2108 MOSS, Reinhard. *Objektive Zurechnung und sozialadäquates Verhalten bei wertneutraler Gehilfenschaft*. In: Donatsch etc (eds.). *Festschrift für Trechsel*. Basel: Schulthess, 2002. p. 488 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 105.

2109 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 105.

mereceriam impunidade por serem pretensamente condutas neutras. Argumenta o jurista alemão que enquanto o risco geral permitido tem lastro numa ponderação entre o interesse genérico de liberdade e o interesse da proteção de bens jurídicos, o profissional pode invocar o direito fundamental ao trabalho²¹¹⁰. Destarte, em seu pensamento a aferição dos casos de risco permitido, impõe o exercício da ponderação sobre dois direitos fundamentais, vale dizer, a liberdade geral de ação e o direito ao trabalho do indivíduo que exerce seu ofício profissional, e por meio dela favorece ou facilita o ilícito de outrem²¹¹¹.

Por razões óbvias, a concepção de Kai Ambos nos remete ao alerta de Fonseca de Aguiar, segundo o qual os receios doutrinários de uma sociedade da desconfiança, da paralisação de interação social, de castração da liberdade geral de ação e das liberdades econômicas são especulações de uma doutrina de cariz histórico que propõe soluções de impunidade qualitativa hiporesponsabilizadora de certos nichos de atividades ou profissões. Pondera o jurista lusitano que comportamento intrinsecamente neutro é um conceito inexistente e um autêntico oxímoro pré-fabricado, na medida da necessidade do juízo objetivo-estatístico da teoria da imputação objetiva que, em nome do aumento da ameaça à liberdade geral de ação, abre portas a um direito penal de soluções de privilégio em prol de atividades e profissões mais lucrativas e honradas²¹¹².

Em reforço (talvez involuntário) à posição defendida por Aguiar, argumenta Luís Greco²¹¹³ que o problema da fundamentação invocada por Kai Ambos seria sua flagrante circularidade, posto que só é possível afirmar que o agente colaborador está exercendo seu direito fundamental ao trabalho na medida em que o faça respeitando os limites impostos pelo direito penal, sobretudo porque inexistente direito ao pleno exercício de uma atividade delinquente. Por isso mesmo, à partida, se mostra necessário cindir atividades lícitas e ilícitas, para somente então aferir se o indivíduo efetivamente exerceu ou não seu direito fundamental ao trabalho.

Nessa trilha, e invocando o exemplo do taxista que, mesmo sem conhecer com segurança o propósito de seus passageiros, repetidas vezes transportou ladrões a locais em que praticavam seus roubos, Greco²¹¹⁴ admite que, mesmo que seja reputada proibida a atividade do tal taxista, sob certa ótica o mesmo estaria agindo dentro do exercício de sua atividade

2110 AMBOS, Kai. JA 2000, p. 724 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 126.

2111 AMBOS, Kai. JA 2000, p. 724-725 No mesmo sentido: LÖWE-KRAHL, Verantwortung, p. 42 *apud* GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 127.

2112 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1042-10476.

2113 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 126-127.

2114 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 127-128.

profissional, pelo menos à primeira vista, pois seus serviços foram requisitados não por amizade, mas por se tratar de um ofício profissional.

Aduz mais que o taxista teria cobrado por seu serviço, tal qual o fariam seus colegas de profissão, e também por isso estaria atuando dentro dos limites de um risco permitido, razão por que sua conduta somente poderia ser considerada proscria se o interesse de proteção a bens jurídicos superasse tanto o direito fundamental de liberdade, como igualmente o direito fundamental ao trabalho. Destaca, ao final, que a interpretação de Kai Ambos sobre o problema teria sido pouco fecunda, eis que desemboca tão somente numa situação de ponderação entre direitos colidentes, tal como já o fizera Lüderssen, e se tudo pudesse ser solucionado por meio de ponderações, a dogmática seria inútil.

Curiosamente esta tem sido uma das teses mais frequentemente invocadas por diversos profissionais que são legalmente chamados a colaborar na prevenção ao branqueamento de dinheiro. Com efeito, costumam protestar sob o argumento de que não são obrigados a investigar os próprios clientes, e se tiverem que fazê-lo estariam sendo privados do direito ao livre exercício de seus ofícios. O argumento não pode ser digerido de forma desavisada, sobretudo porque inexitem direitos ilimitados. Se nem mesmo o direito à vida é ilimitado, por que o direito ao livre exercício da profissão o seria? Eis o tema que será doravante tratado, e para tanto, além das necessárias considerações preliminares, serão examinados os contornos do risco permitido, dos limites à liberdade econômica ou profissional, da função dos advogados na prevenção ao branqueamento, e ao final, trataremos da questão da eficiência das UIF's, constituídas com o propósito de prevenção e controle ao branqueamento.

6.6.1 Considerações preliminares

Segundo a doutrina majoritária, condutas neutras seriam os comportamentos socialmente adequados, mas que sob o ponto de vista causal, favorecem o cometimento de delitos por terceiros. Sob essa ótica, é forçoso admitir que o tráfego econômico e as operações financeiras diariamente realizadas não ostentariam quaisquer contornos delitivos, contudo, quando a prática comercial assinala a ocorrência de transações diversificadas, desprovidas de motivos lógicos ou financeiros aparentes, e levadas a cabo com alguma opacidade, isto pode conduzir à ocorrência de indícios de que o verdadeiro propósito das aludidas operações seja dissimular a origem espúria dos recursos movimentados, e nesse caso efetivamente existirá o crime de branqueamento de capitais, levado a efeito pelo titular das cifras contaminadas, ou pelos “homens da frente” por ele escolhidos, mas sempre com o providencial e bem

recompensado auxílio de determinados profissionais detentores de conhecimentos especiais. Relembre-se que, por maiores que sejam os indícios da fonte espúria dos recursos, é comum entre tais “profissionais” a invocação do mantra *pecunia non olet*.

Eis o cenário fático que alguns juristas consideram pouco frequente, mas cuja presença se verifica na sociedade contemporânea com assustadora reiteração, pois do contrário o volume de recursos movimentados não seria equivalente ao terceiro maior PIB do globo terrestre. Precisamente por isso, é não apenas necessário, com igualmente urgente, que a ciência jurídica seja capaz de apontar limites objetivos que permitam ao intérprete identificar se tem diante de si condutas que correspondem a injustos puníveis, ou apenas condutas que externam o mero exercício da liberdade profissional, tudo sem perder de vista uma interpretação que tome em consideração o bem jurídico tutelado por meio da incriminação do branqueamento de capitais, mas sem desprezar os direitos e garantias individuais, para que se possa fixar os limites dos riscos permitidos e dos riscos proibidos.

6.6.2 Delimitação do risco permitido

Segundo as lições de Ricardo Cardoso²¹¹⁵, as ações neutras são contribuições ao fato ilícito mediante comportamentos cotidianos, não manifestamente puníveis, que contribuam apenas sob o prisma causal, mas que sejam carecedores de imputação objetiva. Assevera mais que a forma de prestação de serviços lícitos (contábeis, advocatícios, financeiros, etc.) se revela fundamental na delimitação do risco permitido, ante a relevância destas atividades para o funcionamento da economia e sua indispensabilidade à vida social, e que a mera criação de risco não é suficiente para a imputação objetiva, pois o risco criado (ou majorado) precisa ser um risco proibido, vale dizer, precisa romper a fronteira do tolerável e, assim, vulnerar o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Examinando o mesmo tema, em suas reflexões Melo Lima indaga se o agente que infringe deveres especiais, tais como as obrigações de identificar seus clientes, conservar os registros dos serviços que executou, ou de comunicar às instâncias de controle, a detecção de operações suspeitas, estaria cometendo o delito de branqueamento de capitais. Questiona igualmente se tal crime existirá quando o órgão supervisor deixa de remeter tais informes aos órgãos de controle, e perquire mais se, nesse caso, não se estaria conferindo a entidades privadas a função estatal de controle da criminalidade, com indesejável ampliação da função

2115 CARDOSO, Ricardo Espírito Santo. Ob. cit., p. 159.

de garante²¹¹⁶. Contudo, antes de qualquer resposta precipitada devemos refletir se o mesmo argumento pode ser dirigido contra os órgãos de fiscalização tributária, quando a lei impõe ao contribuinte o dever declarar anualmente seus rendimentos, indicar suas fontes pagadoras, informar quais bens integram seu patrimônio pessoal e aqueles que foram alienados, inclusive com indicação dos respectivos adquirentes, e o valor pelos quais os aludidos bens foram vendidos. Isso também seria uma indevida intervenção do Estado na esfera de liberdades dos contribuintes?

É necessário observar que, no plano do ordenamento norte-americano, houve uma ampliação do rol de condutas aptas a caracterizar o crime de branqueamento de ativos de origem ilícita, e isso se operou para abranger a violação dos deveres de comunicação sobre operações suspeitas aos órgãos de controle, especialmente à respectiva UIF. Por outro lado, conforme assinalado no primeiro capítulos deste trabalho, em sentido diverso têm se posicionado a maioria dos Estados europeus, que têm feito opção pelo manejo de sanções administrativas, a serem impostas por autoridades reguladoras. Contudo, na seara penal vale lembrar que a doutrina alude à adoção de dois modelos internacionais de sanção penal aplicáveis às entidades obrigadas aos deveres de prevenção, especialmente aos deveres de comunicação das operações suspeitas de branqueamento: a) sanção à conduta omissiva do delito de lavagem (comissão por omissão), b) criação de um delito omissivo próprio de dever de realizar comunicações aos órgãos de controle (UIF e Ministério Público, por exemplo).

Quanto ao ponto, Alemanha, Espanha, Itália, Chile e Argentina adotam a incriminação geral do crime de branqueamento de capitais com a correspondente realização do tipo em comissão por omissão, e segundo se depreende dos arts. 157º a 159º da Lei nº 83/2017, em alguma medida Portugal também adotou este modelo. Por outro lado, Suíça e Peru dispõem de tipos penais omissivos, aplicáveis aos sujeitos obrigados aos deveres de colaboração, caso omitam informações sobre operações suspeitas.

Melo Lima²¹¹⁷ alude à existência de críticas doutrinárias quanto à opção de incriminação de tais condutas omissivas, e para tanto invocam três argumentos básicos: a) desrespeito a direitos fundamentais dos agentes que apenas estão no exercício profissional de seus ofícios, b) violação ao princípio *ne bis in idem*; c) as sanções administrativas seriam materialmente penais. Assevera ainda que, segundo o art. 13, § 2º, alínea “a” do CPB, “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância (...)”, e

2116 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 105-106.

2117 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 106.

por força de tal dispositivo o ordenamento jurídico brasileiro adotou a figura do crime omissivo impróprio, ou comissivo por omissão, instituindo uma das hipóteses da posição de garantidor, o qual possui um mandato de determinação.

Na mesma linha de pensamento, e visando densificar a hipótese, Ricardo Cardoso²¹¹⁸ pondera que o exercício profissional do contador será adequado e estará dentro do risco permitido quando desenvolvido com observância às normas de cuidado exigíveis no âmbito da prestação de serviços contábeis, razão por que é importante para delimitação do risco tolerado na prestação de serviços em atividades reputadas sensíveis ao branqueamento. Agrega ainda que todo risco gerado pela atividade profissional será juridicamente permitido quando observados os estritos limites normativos, as regras técnicas e os atos normativos institucionalizados.

No plano da doutrina germânica, Hans-Reinrich Jescheck²¹¹⁹ adverte que nos delitos de omissão imprópria se atribui ao “garante” um dever de evitar o resultado, pois a produção do resultado lesivo pertence ao tipo penal, e quando o “garante” vulnera o dever de evitar o resultado atrai para si a responsabilização jurídico-penal pelo resultado típico. Todavia, tal posição não é unânime, pois determinado segmento da doutrina preconiza que a eventual violação de tais deveres extrapenais de colaboração, em hipótese alguma pode adquirir relevância penal, nomeadamente quando o ordenamento estatal prevê responsabilização do agente na esfera administrativa.

Em sentido diverso se posiciona um dos maiores expoente do direito penal espanhol. Sustenta Blanco Cordero²¹²⁰ que não se pode deixar nas mãos da autorregulação econômica do mercado a luta contra a lavagem de capitais, pois o mercado é livre, e com sua tendência à maximização dos ganhos, favorece os negócios com dinheiro sujo. Assinala o jurista espanhol que normalmente as instituições financeiras não nutrem qualquer interesse no descobrimento dos casos de branqueamento em razão das perdas econômicas, e também por isso se infere a relevância dos deveres de colaboração entre as instituições financeiras e as autoridades por intermédio da obrigação de comunicação das operações suspeitas. Aliás, nessa mesma linha de pensamento, Roberto D’Ávila²¹²¹ assevera que a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador não tem assento, na atualidade, em uma diferença meramente

2118 CARDOSO, Ricardo Espírito Santo. Ob. cit., p. 159-160.

2119 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. v. 2. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch. 1981. p. 833.

2120 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales: estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999. p. 249-250.

2121 D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103.

quantitativa, mas sim, qualitativa, encontrando densificação na exigência constitucional de ofensa a um bem jurídico-penal.

Blanco Cordero²¹²² argumenta ainda que a omissão da comunicação pelo empregado bancário, sobre uma operação suspeita de vinculação ao delito de branqueamento de ativos pode incidir no tipo penal previsto no art. 301 do CP hispânico, isto na medida em que, estando legalmente obrigado a comunicar, e ocupando uma posição de garante, precisamente em decorrência dessa obrigação, o empregado malfez seu dever, e com isso contribui para a ocultação de ativos ou bens de origem ilícita. Em sentido diverso, os agentes que ocupam cargos de administração ou direção na instituição financeira estarão isentos de responsabilização penal por branqueamento, eis que não se lhes confere uma genérica posição de garante. Todavia, restará justificável a punibilidade no âmbito penal se o delito de branqueamento derivar do mau funcionamento dos órgãos de controle interno, ou de comunicação, desde que configurada uma atuação dolosa ou negligente dos dirigentes da casa bancária. Naturalmente existem críticas a tal percepção, e tais críticas buscam lastro tanto no princípio da autonomia individual, quanto na ideia de liberdade de atuação do mercado de capitais, sob os influxos da regra de confiança no sistema econômico e nas expectativas normativas dos membros da coletividade.

Ainda no plano da doutrina espanhola, Pérez Manzano²¹²³ entende que pode ocorrer a criação de um risco, mesmo que sejam observadas as normas institucionais e profissionais de cuidado, desde que se verifique a violação do dever normal de cautela. Argumenta a jurista madrilenha que *“en este marco que la conducta se ajusta al estándar de reglas de conductas habituales em el sector profesional de que se trata, no puede constituir más que una cierta presunción de juridicidad, o de adecuación ao derecho, de la conducta realizada”*.

Permanecendo no plano da Península Ibérica, ainda que um pouco mais a oeste, Figueiredo Dias, defende a aplicação de uma teoria material-formal quanto à figura do “garante”, e quanto ao tema argumenta em prol da “valoração autónoma da ilicitude material, completadora do tipo formal, através da qual a comissão por omissão vem a equiparar-se à ação na situação concreta, por força das exigências de solidariedade do homem para com os outros homens dentro da comunidade”²¹²⁴. O jurista português assinala ainda o problema

2122 BLANCO CORDERO. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Ob. cit., p. 252-253.

2123 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. In: *La Ley Penal*. n. 53, 2008. p. 3-4. Disponível em: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14310391/neutralidad-delictiva-y-blanqueo-de-capitales-el-ejercicio-de-la->. Acesso em: 26.05.2023.

2124 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais*. Ob. cit., p. 938-958.

relativo à eventual responsabilidade jurídica por omissão das pessoas que dirigem e fiscalizam a atividade empresarial privada, por fatos ilícitos cometidos pelos seus subordinados, e nesse pormenor adverte que deveres de garante podem ser imputados a membros de órgãos diretivos e de fiscalização de sociedades anônimas.

No âmbito da doutrina brasileira, Luís Greco²¹²⁵ entende que a elaboração de atos constitutivos de uma empresa *offshore*, desde que sejam observadas as respectivas normas deontológicas, não vincula o profissional que tenha desenvolvido o trabalho, ou que tenha prestado assessoria para constituição da empresa, ainda que esta venha a ser empregada para fins de branqueamento de capitais. Pondera o jurista de Humboldt que, em tais condições, o comportamento do profissional não será materialmente típico, eis que desenvolvido adequadamente no contexto social e profissional, ainda que sob o prisma causal tenha contribuído com a realização de atos de lavagem de capitais.

Na mesma linha de pensamento, Juarez Tavares²¹²⁶ assinala que no desempenho da atividade profissional, o agente deve analisar o risco do caso concreto, a fim de perceber se a operação foge dos padrões exigidos normativamente, e assim evidencie possível ilegalidade na prestação de serviços contábeis. Adverte, entretanto, que poderá ocorrer a criação de risco, mesmo que cumpridas as normas profissionais de cuidado, entretanto, só haverá punibilidade se forem malferidos o dever normal de cautela e as regras de experiência geral da vida.

André Callegari²¹²⁷, por seu turno, argumenta que nas situações envolvendo agentes financeiros “não haverá conduta típica se o sujeito, quando da realização do seu trabalho, não agir com a finalidade de ocultar ou dissimular a origem dos bens”.

Especificamente acerca da incidência do instituto do “garante”, leciona Flávio Cardoso Pereira²¹²⁸ que se alguém, inserido no rol daqueles que têm o dever legal de comunicar operações suspeitas ao órgão fiscalizador, assim entendida a UIF, mas não o faz por razões diversas, tais como amizade, temor, ou mesmo corrupção, e por sua omissão gera benefícios à conduta do criminoso que tenta distanciar o bem obtido de forma ilícita da sua origem, seguramente terá assumido o risco de produção de um resultado, eis que atuava como verdadeiro garante do bom andamento do sistema financeiro bancário, e por isso mesmo tinha o dever de zelar pela manutenção da ordem socioeconômica. Demais disso, caso perceba a ocorrência de depósitos fracionados e oriundos de uma pessoa que atraia suspeitas sobre sua

2125 GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras. Ob. cit., p. 51-52.

2126 TAVARES, Juarez. Direito penal da negligência. Ob. cit., p. 172-173.

2127 CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. In: Revista dos Tribunais. v. 92. n. 815, set. 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 464-475.

2128 PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. n. 31.v. 6, São Paulo: Síntese, abr./mai. 2005. p. 32-44.

conduta moral, por muito maior razão o agente estará obrigado a comunicar tais fatos ao órgão competente, conforme prescreve a Lei 9.613/98, em seu art. 11, incisos I e II. Em todo caso, frise-se que a criminalização da conduta depende da configuração da aderência do agente financeiro ao plano delitivo do agente principal, tendo a ciência da origem ilícita dos ativos depositados na instituição financeira, sendo necessário observar as circunstâncias do fato concreto, o que resta corroborado pelas lições de Fonseca de Aguiar, o qual salienta ser sempre necessário contextualizar a conduta do agente colaborador, pois não existem condutas neutras de *per se*.

Para densificar a hipótese, imagine-se que determinado agente econômico ignore sistematicamente o dever de comunicação de operações suspeitas aos órgãos de controle, e em determinado momento concretiza o depósito de um aporte financeiro vultoso, mas quase de imediato pulveriza tais recursos através de transferências para diversas contas bancárias localizadas em centros *offshore*, por óbvio que tal conduta não poderá ser admitida como uma simples infração administrativa, pois ostenta inequívoco sentido delitivo.

Aliás, quanto ao ponto, adverte Montealegre Lynett²¹²⁹ que os “bancos têm a obrigação de observar toda a regulamentação expedida pelos diferentes órgãos públicos a fim de evitar a lavagem de dinheiro, porque elas apontam pautas de comportamento exigíveis na atividade financeira, e, portanto, marcam os limites do risco permitido”. O jurista colombiano aduz ainda que para as situações para as quais inexistente norma expressa de previsão de conduta, é necessário comparar a conduta realizada pelo agente com aquela que teria sido implementada por um homem prudente e diligente, em situação similar. Caso se verifique compatibilidade entre os dois comportamentos, o indivíduo terá agido dentro do risco permitido. Portanto, perante uma situação aparentemente suspeita, o agente bancário deve sempre questionar qual seria a conduta que seria adotada pelo homem médio, mas dotado de prudência e diligência?

Conclusivamente, a propósito dos limites do risco permitido àquele que desenvolve sua atividade profissional, é necessário observar que: a) o agente deve seguir as regras deontológicas de sua profissão, mas isso não o autoriza a tangenciar obrigações legais que lhe sejam impostas; b) o agente é dotado de conhecimentos especiais, e precisamente por força disso detém maior capacidade de aferir situações suspeitas para as quais esteja sendo demandado a atuar; c) se o agente tiver conhecimento seguro de que sua atuação profissional favorecerá ou facilitará a consumação de um crime por parte do agente principal, em hipótese alguma deverá consentir em tomar parte na empreitada, pois seu comportamento seguramente

2129 LYNETT, Luís Eduardo Montealegre. In: CALLEGARI, André Luís. Lavagem de Dinheiro. Barueri: Manole. 2004. p. 51.

estará gerando um risco juridicamente desaprovado, e por consequência, sua conduta será penalmente punível; d) caso o agente não tenha certeza, mas guarde fundadas suspeitas sobre o caráter ilícito da operação do agente principal, deve buscar maiores informações que lhe confirmem a segurança necessária de que sua atuação profissional será lícita, mas caso não consiga tais informações, ou se estas lhe forem negadas, naturalmente deve se abster de prestar-lhe o serviço, sob pena de assumir voluntariamente a eventual condição de cúmplice no injusto penal alheio.

6.6.3 Limites à liberdade econômica ou profissional

Segundo a percepção de Günther Jakobs²¹³⁰, se o agente não rompeu os limites de sua atividade, não poderá ser penalizado, mesmo que tenha agido com pleno conhecimento de que sua conduta seria empregada na prática de ilícito penal, entretanto, é necessário reconhecer que tal compreensão não apenas tangencia o dever de solidariedade que norteia as relações na vida comunitária, e aparentemente também se contrapõe às balizas ontológicas da teoria do “direito penal do inimigo”. Com efeito, a prevalecer o dever geral de solidariedade, se exige uma conduta positiva e de boa-fé por parte do agente colaborador, pois o dinheiro de origem espúria pode até não ter cheiro, mas a cobiça por conquistá-lo a qualquer custo seguramente deve ter consequências, e precisamente por isso o agente favorecedor deverá ser responsabilizado criminalmente, eis que não deve se acobertar do conceito meramente sociológico de rol utilizado para afastar a reprimenda penal. Aliás, assim como Estado tem a missão fundamental de zelar pelos interesses da coletividade, e a partir desta, assume inúmeros deveres positivos de prevenção ao delito de branqueamento, por seus deletérios efeitos econômicos e sociais, é razoável admitir que igualmente correta é a ilação de que se pode (e deve), excepcionalmente, instituir deveres positivos aos cidadãos, à luz da dimensão comunitária do indivíduo e da ausência de direitos fundamentais absolutos, os quais devem ser sopesados à luz das circunstâncias do caso concreto.

A propósito da responsabilidade comunitária dos indivíduos, é bastante oportuna a reflexão de Vieira de Andrade²¹³¹, segundo qual a percepção da liberdade no exercício dos

2130 JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un derecho penal funcional*. Ob. cit., p. 35.

2131 “O estado está obrigado a assegurar um nível mínimo adequado de proteção dos direitos fundamentais, sendo responsável pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica (...) Uma das limitações substanciais à proteção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos outros, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais (...) E limitações e imposições semelhantes hão de valer quando estejam em causa valores comunitários relevantes (incluindo também a

direitos fundamentais não pode corresponder a uma “emancipação anárquica”, mas sim a uma autonomia moral e a uma autorresponsabilidade social. Aliás, acerca das limitações no uso e no acesso aos serviços financeiros, Montealegre Lynett²¹³² sustenta a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, asseverando que as entidades financeiras “como agentes econômicos que ocupam um lugar especial de preeminência no funcionamento da sociedade, devem extremar seus deveres de diligência para evitar a realização de riscos juridicamente proibidos (...)”, devendo ser considerado, ainda, que de “seu exercício depende a preservação do princípio de estabilidade econômica, a conservação do crédito comercial da entidade e a não comissão de condutas puníveis”.

Especificamente quanto ao exercício das funções profissionais dos advogados, Kai Ambos argumenta sobre a necessidade de um sopesamento entre o interesse estatal na persecução penal com o livre exercício da profissão, sobretudo diante dos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como da liberdade de escolha do profissional por parte do cliente. Contudo, admite que, no caso dos honorários maculados, a boa-fé importará no fato do mesmo não ter conhecimento sobre a origem ilícita do numerário, por força da relação de confiança estabelecida com o cliente, mas ressalva de forma expressa que “se o advogado tiver conhecimento da proveniência dos valores, como oriundos de atividades ilícitas, estaremos diante da possibilidade, já referida, de punibilidade do mesmo por lavagem de dinheiro na forma do tipo de aquisição, bastando, para tanto, verificar se há intenção de ocultar ou dissimular a utilização”²¹³³.

Rodrigo Santiago²¹³⁴, por seu turno, defende a incidência de uma causa excludente de ilicitude, qual seja a cobrança de honorários, que consistiriam interesses legítimos do causídico, ainda que tais honorários sejam pagos com numerário maculado, mas ressalva a hipótese em que o profissional exorbite os limites do exercício normal de seu ofício, e nesse sentido propõe o exemplo daqueles que se prestam à subalterna missão de “se prestarem a ser correios dos produtos do crime, designadamente para os paraísos fiscais”. Em todo caso, as posições de tal jurista português já foram suficientemente debatidas no capítulo quinto deste trabalho, razão por que seria desnecessário aprofundá-las, inclusive no tocante às críticas ali já formuladas.

liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar”(ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina. p. 142-149).

2132 LYNETT, Luís Eduardo Montealegre. In: CALLEGARI, André Luís. Lavagem de Dinheiro. Ob. cit., p. 60.

2133 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 116.

2134 SANTIAGO, Rodrigo. O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra. Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, a.4, out./dez. 1994. P. 547.

Conclusivamente, e corroborando as precisas lições de Fonseca de Aguiar²¹³⁵, quanto à tendência da doutrina alemã sobre as ações neutras no sentido de propor soluções de privilégio e impunidade em rol de certas atividades e profissões mais lucrativas e honradas, assiste inteira razão a Daniela Marques, ao pontuar que “a sociedade não é uma operosa colmeia, em que cada um desempenha uma função cerrada e fechada, por destino biológico ou por imperativos sociais. A pessoa humana é autônoma e, por ela mesma, assume compromissos com outrem – alteridade é a palavra-chave”²¹³⁶.

Aliás, em profícua reflexão sobre a contaminação de diversos segmentos da sociedade contemporânea por concepções severamente individualistas, a partir das quais o conceito de solidariedade social foi quase integralmente apagado, a jurista mineira assinala que “vive-se uma época de relativismo. No entanto, na perspectiva vazia, quer pela ótica da ética naturalista, quer pela ótica da ética historicista, quer pela ótica da ética da linguagem, há uma constante: a preocupação com a pessoa humana em si. O sistema jurídico-penal não se atrela a concepções vazias de ética, sob pena de se transformar em bárbaro instrumento de opressão”²¹³⁷.

6.6.4 Qual a função dos advogados na prevenção ao branqueamento?

O exame da alegada neutralidade das “ações profissionalmente adequadas”, segundo as concepções de Hassemer, invariavelmente provoca intenso debate sobre os espaços de liberdade na esfera penal, e sobre os respectivos limites ao exercício de tais direitos, mas não é possível tangenciar a percepção de que, tanto a clássica teoria da adequação social, quanto a “moderna” teoria da adequação profissional são construções de tendencial impunidade e, nas palavras de Fonseca de Aguiar²¹³⁸, conduzem a uma “insuportável cacofonia doutrinal”, sem esperança de construir consensos num futuro próximo, inclusive porque carecem de sustentabilidade sistêmica e vocação universal. Com efeito, somente a partir da contextualização fática dos comportamentos favorecedores é que se pode extrair se eles tiveram ou não algum sentido delitivo, se criaram (ou aumentaram) o risco proibido, sempre tendo em conta que o risco deve ser percebido segundo uma perspectiva intersubjetiva. E nessa linha de pensamento, resta clara a conclusão de que inexistem condutas neutras em si

2135 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1047.

2136 MARQUES, Daniela de Freitas. Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 376.

2137 MARQUES, Daniela de Freitas. Ob. cit., p. 378.

2138 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1042.

mesmas. Todavia, mesmo considerando que há variados segmentos profissionais que podem ser (e são) instrumentalizados pela macrocriminalidade e pela criminalidade transacional, para fins de depurar os vultosos capitais espúrios que produzem, neste tópico nossa análise ficará restrita à contribuição dos advogados na prevenção ao crime de branqueamento de ativos, especialmente em face dos esforços globais nesse sentido. Aliás, é oportuno lembrar que o primeiro segmento profissional a ser instrumentalizado foi precisamente o setor bancário, por deter uma característica extremamente valiosa para aqueles que buscavam ocultar a origem ou o rastro dos ativos ilícitos, em prejuízo do normal funcionamento do sistema econômico-financeiro, bem como da apuração dos efetivos beneficiários econômicos. Trata-se do sigilo bancário, já devidamente examinado no título quinto deste estudo.

Ocorre que a literatura jurídica mundial assinala que, ao longo dos anos, tanto as normativas internacionais, como também os ordenamentos de vários Estados passaram a exigir a adoção de mecanismos de controle cada vez mais rigorosos dentro do sistema bancário, e este foi motivo principal que forçou os branqueadores de dinheiro a ampliar seus horizontes em busca de outros segmentos profissionais que pudessem servir aos propósitos depuradores da lavagem de ativos ilícitos.

Nesse cenário, e ainda que de forma tardia no ordenamento brasileiro, os deveres legais de prevenção foram legalmente ampliados, passando a contemplar não só as instituições financeiras, mas também: a) bolsas de valores, de mercadorias ou futuros; b) seguradoras, corretoras de seguros e entidades de previdência complementar ou de capitalização; c) administradoras de cartões de crédito e de consórcios; d) empresas de arrendamento mercantil e de fomento comercial; e) empresas lotéricas e casas de câmbio; f) comerciantes de joias, metais preciosos e antiguidades; g) representantes e procuradores que representem interesses de entidade estrangeira; h) pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades no ramo imobiliário; i) pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor; j) juntas comerciais e registros públicos; k) pessoas físicas ou jurídicas que, mesmo eventualmente, prestem serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações imobiliárias, de gestão de fundos, valores mobiliários ou ativos diversos, de criação, exploração ou gestão financeira, societária ou imobiliária, atividades de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

De igual modo em Portugal, por força do art. 4º, nº 1, alínea “f” da Lei nº 83/2017, diversas entidades não-financeiras também são sujeitas a colaborar na prevenção ao branqueamento de capitais, tais como advogados, solicitadores, notários e outros profissionais

independentes da área jurídica, constituídos em sociedade ou em prática individual. Eis o motivo por força do qual os integrantes de diversos segmentos profissionais passaram a assumir a função de “garante” no desempenho de seus ofícios. Com efeito, tal qual o empregado de uma instituição financeira privada, também advogados e contadores, dentre outros, se tornaram penalmente imputáveis, por eventual cumplicidade, em processos para apuração de branqueamento de capitais, e tal inovação legislativa naturalmente induz à reflexão sobre os limites mínimos para a contribuição ou a intervenção no injusto penal, dentro da legitimidade democrática de um Estado de Direito.

É certo que a primeira nota interpretativa à Recomendação nº 23 do GAFI dispõe que “não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal”. Em complemento, a segunda nota interpretativa incidente sobre a mesma diretriz acima referida assinala que cabe a cada país determinar as questões que se encaixariam em segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. Normalmente, estão incluídas as informações que advogados, tabeliães ou outras profissões jurídicas independentes e contadores recebam ou obtenham por meio de clientes: a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação”.

Há de se ponderar a ocorrência de dois grandes precedentes da jurisprudência internacional nos quais foi abordada a colisão entre os deveres de cooperação ao branqueamento e o dever de segredo profissional dos advogados. No primeiro deles, a Corte de Arbitragem belga pugnou ao Tribunal de Justiça da União Europeia que se pronunciasse, a título prejudicial, sobre a seguinte questão, e para tanto argumentou que o art. 1º, nº 2, da Diretiva nº 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 04.12.20012, impunha violações ao direito a um processo justo, tal como este é garantido pelo art. 6º da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, pois sujeitava os advogados, dentre outros profissionais forenses independentes, ao dever de informar às autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais de todos os fatos que pudessem ser indiciários daquela modalidade delitiva.

A matéria foi decidida no julgamento de 26 de junho de 2007²¹³⁹, ocasião em que o tribunal deliberou que as obrigações de informação e de colaboração dos advogados para com as autoridades responsáveis pela luta contra o branqueamento de capitais não violava o direito a um processo equitativo (Processo C-305/05). Como *ratio decidendi*, a Corte assinalou que:

“(…) O advogado não estará em condições de assegurar adequadamente a sua missão de aconselhamento, defesa e representação do seu cliente, ficando este consequentemente privado dos direitos que lhe são conferidos pelo art. 6º da CEDH, se o primeiro, no âmbito de um processo judicial ou da sua preparação, for obrigado a colaborar com as autoridades públicas mediante a transmissão de informações obtidas em consultas jurídicas que tiverem lugar no âmbito desse processo. Quanto à Diretiva 91/308 (...) resulta do seu art. 2º-A, nº 5, que as obrigações de informação e de colaboração só se aplicam aos advogados quando estes prestam assistência na concepção ou execução de determinadas transações, essencialmente de ordem financeira e imobiliária, referidas na alínea “a”, ou agem em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transações financeiras ou imobiliárias. Regra geral, pela sua própria natureza, essas atividades situam-se num contexto que não tem conexão com um processo judicial e, portanto, fora do âmbito de aplicação do direito a um processo equitativo. Além disso, a partir do momento em que a assistência do advogado prestada no âmbito de uma transação referida no art. 2º-A, nº 5, da Diretiva 91/308, é solicitado para o exercício de uma missão de defesa ou representação em juízo ou para obter conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, o referido advogado é exonerado, por força do art. 6º, nº 3, segundo parágrafo, da referida diretiva, das obrigações enunciadas no nº 1 do referido artigo, pouco importando que as informações tenham sido recebidas ou obtidas, antes, durante ou depois do processo. Essa exoneração é susceptível de preservar o direito do cliente a um processo equitativo. Uma vez que as exigências decorrentes do direito a um processo equitativo implicam, por definição, um nexo com um processo judicial e atendendo a que o art. 6º, nº 3, segundo parágrafo, da Diretiva 91/308, exonera os advogados, sempre que as atividades se caracterizem por esse nexo, das obrigações de informação e colaboração a que se refere o art. 6º, nº 1, da referida diretiva, verifica-se que essas exigências são preservadas. Em contrapartida, há que reconhecer que as exigências relacionadas com o direito a um processo equitativo não obstam a que os advogados, sempre que atuem no preciso âmbito das atividades enumeradas no art. 2º-A, nº 5, da Diretiva 91/308, mas num contexto não abrangido pelo art. 6º, nº 3, segundo parágrafo, da referida diretiva, fiquem sujeitos às obrigações de informação e de colaboração instituídas pelo art. 6º, nº 1, desta diretiva, uma vez que essas obrigações são justificadas, como sublinha nomeadamente o terceiro considerando da Diretiva 91/308, face à necessidade de lutar eficazmente contra o branqueamento de capitais, que tem uma nítida influência na expansão do crime organizado, o qual representa ele próprio uma especial ameaça para as sociedades dos Estados-Membros”.

2139 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 26 de junho de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0305>. Acesso em: 27.05.2023.

A partir da fundamentação acima aludida se infere que as exigências de um processo equitativo estão obrigatoriamente vinculadas a um processo judicial, razão por que as obrigações de informação e colaboração somente se aplicam aos causídicos quando estes atuam como “advogados de operações”, vale dizer, quando prestam assistência na elaboração ou na execução de determinadas transações financeiras, societárias ou imobiliárias, ou ainda quando atuam em nome, e por conta dos clientes, em quaisquer destas operações. Aliás, no mesmo sentido se posicionou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao apreciar o segundo caso expressivo sobre os limites dos deveres de colaboração impostas aos advogados. Trata-se do Caso *Michaud vs. França*, já aludido preteritamente neste estudo. Com efeito, em julgamento ocorrido em 06 de dezembro de 2012, o TEDH pontuou que o segredo profissional dos advogados é muito relevante para o bom funcionamento da justiça, razão por que deve ser tomado em consideração, contudo, deve ser cotejado com os deveres estatais de prevenção e combate ao branqueamento de capitais. A Corte salientou ainda que o dever de comunicar operações suspeitas deriva da adesão de cada Estado a normativas internacionais destinadas à prevenção de atividades constitutivas de uma grave ameaça à democracia, especialmente no que tange às funções de assessoria em transações financeiras, comerciais e imobiliárias, dentre outras, e não propriamente à defesa do cliente no âmbito de processos judiciais²¹⁴⁰.

Sobre o tema em questão, argumenta Pérez Manzano²¹⁴¹ que o sigilo profissional do advogado “se vincula com o direito de defesa do cliente porque o cliente conta entre seus direitos fundamentais com o de não contribuir à sua própria incriminação, de modo que se dá certas informações ao advogado é para que sejam utilizadas em sua defesa e não em seu desfavor”. Na mesma trilha, pondera Cobo del Rosal²¹⁴² que o advogado está submetido ao sigilo e que, por exigência do princípio da confiança especial, tem o dever deontológico de acreditar nos esclarecimentos de natureza razoável que lhe sejam ofertados por seu cliente, ainda que sobre as operações pretendidas, sob pena do advogado se transmutar em um mero auxiliar dos órgãos de investigação ou de persecução penal. Arremata seu pensamento aduzindo que nada mais distante do exercício livre da advocacia que o letrado se converta em

2140 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Case Michaud v. France. Application n° 12323/11*. Acórdão de 06 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-115377%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-115377%22]). Acesso em: 27.05.2023.

2141 PÉREZ MANZANO, Manuel. Ob. cit., p. 29.

2142 COBO DEL ROSAL, Manuel. *El blanqueo de capitales y su prevención. Quisicosas de los delitos y de las penas*. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005. p. 387.

um *delator chivato*, fiscal, policial ou judicial. Todavia, adverte Sánchez Stewart²¹⁴³ que isso não importa afirmar que toda e qualquer atividade do ofício advocatício esteja resguardada pelo manto do sigilo profissional. Com efeito, apenas as atribuições típicas do ofício advocatício são resguardadas pelo dever de sigilo, mas isto não inclui a atuação como fiduciário de clientes, e por tal motivo, se o advogado participa da transação comercial, não se mostra cabível invocar-se o segredo profissional. Vitalino Canas²¹⁴⁴ também admite que o segredo profissional não se mostra ilimitado, e para tanto pondera que o núcleo essencial da profissão e o segredo profissional ficaram resguardados, sendo os advogados obrigados a quebrar este último apenas em situações específicas, entretanto, reconhece que em certas situações o vínculo de confiança entre advogado e cliente pode restar prejudicado.

No âmbito da doutrina brasileira, por dicção expressa do art. 9º, XIV da Lei nº 12.683/2012, os deveres de prevenção ao delito de branqueamento são oponíveis às pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência de qualquer natureza. Apesar disso, evidenciando sua resistência não apenas aos deveres de prevenção, como também ao princípio da proporcionalidade que exige a ponderação entre deveres de igual envergadura, Marco Antônio Barros²¹⁴⁵ alega que “nem mesmo por lei se pode exigir que o advogado passe a ser obrigado a menosprezar o dever de lealdade para com o cliente e se torne um denunciante em potencial dos atos praticados por quem lhe conferiu poderes em confiança para gerir e administrar seus negócios etc., o que é totalmente inaceitável”. Reconhece, contudo, que “o advogado não está protegido sob uma capa de impunidade”, e que “se houver suspeita de que o advogado tenha participado da lavagem, submeter-se-á, como ocorre com qualquer pessoa, ao trâmite da respectiva investigação e demais regras do devido processo penal que porventura vier a ser instaurado”.

Posição similar é adotada por Pierpaolo Bottini, segundo o qual “a inexistência do dever de comunicar não torna a advocacia um porto seguro para práticas de lavagem de dinheiro, nem significa a impunidade do profissional que contribui materialmente com tais atos. O

2143 SÁNCHEZ STEWART, Nielson. *Conclusiones de “Las funciones del Abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención”*. In: *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 315.

2144 CANAS, Vitalino. O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão Lisboa. Ob. cit., p. 63.

2145 BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 347-348.

advogado, como qualquer outro profissional, deve se abster de participar ou contribuir com atos ilícitos”²¹⁴⁶.

Nesse cenário, Melo Lima sustenta que “o caminho a ser trilhado na busca das soluções dogmáticas aos problemas apresentados passa, de um lado, pelo reconhecimento da validade da incriminação do branqueamento e da importância de um eficaz controle preventivo por parte das unidades de inteligência financeira, dos órgãos de supervisão, bem como dos colaboradores definidos legalmente, e, por outro lado, pelo resguardo dos direitos individuais, assegurando-se a liberdade dos agentes econômicos e profissionais no exercício de suas funções, com uma interpretação restritiva acerca dos deveres especiais, nomeadamente dos advogados, em virtude do sigilo profissional e dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”²¹⁴⁷.

Conclusivamente, é imperativo reconhecer que inexistirá conduta penalmente neutra por parte do advogado porque: a) inexistente adequação profissional na conduta do advogado quando este colabora conscientemente para favorecer a consumação de um injusto penal almejado por seu cliente; b) a cumplicidade penal do advogado poderá se concretizar tanto na concepção de operações (financeiras, imobiliárias, societárias etc.), quanto no exercício de uma suposta consultoria jurídica que facilite o delito de outrem, desde que esta não seja realizada no âmbito do diagnóstico da situação jurídica do cliente, e para fins de sua defesa perante órgãos administrativos ou judiciais; c) a invocação do segredo profissional como um direito absoluto, e como fundamento para eximir o advogado de um dever legal de prevenção ao branqueamento de capital espúrio representa não apenas clara violação ao seu mais relevante dever deontológico (CF/88, art. 133), como ainda um autêntico sofisma.

6.6.5 Unidade da Constituição e eficiência do controle ao branqueamento

Konrad Hesse²¹⁴⁸ adverte que a Constituição não pode ser percebida como um mero pedaço de papel, seja porque dispõe de força normativa, seja porque vincula os poderes constituídos. Preconiza o jurista alemão que “a Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-se ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade

2146 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Ob. cit., p. 195.

2147 LIMA, Vinícius de Melo. Ob. cit., p. 116.

2148 HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri, 1991. p. 24.

política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

Aliás, enfatizando a função garantidora do texto constitucional de um Estado, Peter Häberle pontua que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato”²¹⁴⁹. E quanto à interpretação constitucional, Juarez Freitas²¹⁵⁰ aduz se tratar de um processo tópico-sistemático, razão por que diante do caso concreto, deve alcançar solução de equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, evitando-se soluções unilaterais e respeitando a Constituição em sua abertura dialógica e em seu caráter histórico não linear.

Consoante as lições de Jerzi Wróblewski²¹⁵¹, a interpretação constitucional se destina a atender três funções precípuas, a saber: a) orientação: consiste em oferecer uma informação acerca de quais comportamentos estão em consonância com as regras constitucionais, vinculando todos os órgãos do Estado e demais destinatários de uma Constituição; b) aplicação: surge na interpretação operativa da Constituição; c) controle: no caso de determinadas instituições, cuja tarefa consista em controlar a observância da Constituição. Nessa ordem de ideias, conclui o jurista polonês que a interpretação constitucional deve se apresentar como uma decisão interpretativa apropriadamente justificada.

Aliás, em defesa de uma concepção sistemática do ordenamento, Wilhelm Canaris argumenta que “perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme a Constituição”²¹⁵². Daí resulta que o princípio da unidade da Constituição deve inspirar a interpretação na busca de soluções coerentes com a rede de princípios e regras que compõem o sistema jurídico de um Estado.

2149 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 40.

2150 FREITAS, Juarez. *A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta*. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 354.

2151 WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985. p. 94-95.

2152 CANARIS, Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 111.

No plano da mais autorizada doutrina portuguesa, e lecionando especificamente sobre o princípio da unicidade constitucional, Canotilho²¹⁵³ preconiza que o mesmo “quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ponto de orientação, guia de discussão, e fator hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Destarte, e nesta ordem de ideias, o espaço de liberdade profissional (inclusive dos advogados) ostentará validade dentro dos limites das ações neutras desde que o aludido profissional não favoreça conscientemente o injusto penal alheio. *Mutatis mutandi*, caso o indivíduo observe escrupulosamente não apenas seus deveres deontológicos, mas igualmente os deveres de cuidado próprios dos detentores de conhecimentos especiais, e somente exerça seu ofício com fidelidade aos preceitos éticos, sua conduta certamente estará situada dentro da normalidade cotidiana, e mesmo que venha a ser posteriormente utilizada para o favorecimento do injusto penal alheio, será penalmente atípica, posto que inteiramente dissociada de sentido delitivo.

Por outro lado, se a pretexto de estar atuando dentro de sua liberdade profissional, o agente colaborador rompe a fronteira do risco permitido, e adota comportamento desconforme aos seus deveres legais e deontológicos, segundo o prisma interpretativo da unidade constitucional, sua conduta (comissiva ou omissiva) assumirá um cariz de ilicitude penal, e por força da unidade de sentido objetivo-subjetiva (conexão de risco), não se poderá atribuir ao mesmo a etiqueta da “neutralidade”, nomeadamente porque o exercício irresponsável da liberdade conduz invariavelmente ao arbítrio.

É oportuno frisar que a liberdade, enquanto direito fundamental de todos os indivíduos, não pode ser invocada como artifício para opacificar o cometimento de delitos de qualquer natureza, inclusive os delitos econômicos, tais como o branqueamento de dinheiro sujo. Bem por isso persiste a necessidade de fixar os limites do espaço de validade ética ou legitimação da intervenção do direito penal, e em regra, isso somente pode ser feito com recurso à contextualização da conduta, conforme muito apropriadamente defendido por Fonseca de Aguiar²¹⁵⁴. Relembre-se que os critérios da idoneidade e do sentido delitivo, em paralelo aos conhecimentos especiais do agente, desempenham relevante função na tarefa de distinguir

2153 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob. cit., p. 1123-1125.

2154 AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Ob. cit., p. 1044.

ações efetivamente neutras de condutas profissionais penalmente típicas, ainda que encapotadas por um manto de pseudoneutralidade.

Aliás, apenas para densificar o pensamento, vale invocar a posição adotada pelo STF brasileiro, por ocasião do julgamento da ADI nº 3112²¹⁵⁵, outrora ajuizado contra dispositivos do Estatuto do Desarmamento²¹⁵⁶. A Corte reconheceu a existência de mandados constitucionais de criminalização, bem como a limitação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. Quanto ao ponto, o respectivo relator salientou a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para tanto aduziu que “o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (...), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (...). Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização. (...) A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. (...) O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção (...)”.

Finalmente, conforme adverte Ferreira Cunha, o direito constitucional representa apenas um “Ponto de Arquimedes”²¹⁵⁷ para que o direito penal não fique à deriva, razão por que “uma consideração da Constituição material e não apenas da Constituição formal, pode

2155 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>. Acesso em: 27.05.2023.

2156 BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.826.htm. Acesso em: 27.05.2023.

2157 Durante seu momento de banho, Arquimedes percebeu que, ao mergulhar seu corpo na banheira, o nível da água subia. Então, Arquimedes compreendeu que poderia encontrar a verdade a respeito da coroa. Assim, preparou blocos de prata e ouro com o mesmo peso da coroa e, mergulhando um de cada vez em um recipiente com água, observou o aumento nos níveis do líquido. Percebendo que o volume de água deslocado pelos dois blocos era diferente, Arquimedes conseguiu determinar as massas aproximadas de ouro e prata utilizadas na confecção da coroa. Tal experimento levou o cientista à definição do que hoje chamamos de princípio de Arquimedes, segundo o qual todo corpo mergulhado em um fluido sofre a ação de uma força, vertical e ascendente, que é igual ao peso do volume de líquido deslocado pelo corpo. A força a que Arquimedes se referiu é chamada de empuxo (MUNDO DA EDUCAÇÃO. Arquimedes. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/fisica/arquimedes.htm#:~:text=Esse%20experimento%20levou%20o%20cientista,de%201%C3%Adquido%20deslocado%20pelo%20corpo>. Acesso em 27.05.2023).

legitimar as opções valorativas do Direito Penal”²¹⁵⁸. Compartilhando da mesma percepção, Baptista Machado²¹⁵⁹ enfatiza que a ideia de Estado de Direito se demite de sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrarem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos”. Demais disso, em defesa do princípio de eficiência, Silva Sanchez²¹⁶⁰ preconiza que, desde que aberto à sociedade e respeitando os direitos e garantias fundamentais, pode legitimar a intervenção do *jus puniendi* do Estado, eis que a eficiência não pode ser vista como um fim em si mesma, sem olvidar da pessoa como horizonte interpretativo. Por consequência lógica, somente com recurso à ponderação à luz de uma interpretação constitucional do princípio da proporcionalidade, será possível extrair o limite entre eficácia e garantias no controle do branqueamento, tendo em conta, de um lado, a tutela do bem jurídico e a necessidade de proteção do Estado, a quem é vedada a proteção insuficiente; e de outro lado, os direitos, liberdades e garantias norteadores de um Estado de cariz democrático que também assegura o exercício efetivamente neutro de atividades econômicas ou profissionais.

6.7 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) Normativas internacionais e ordenamentos jurídicos de dezenas de Estados soberanos somente incluíram determinados profissionais no rol de obrigados aos deveres de prevenção ao branqueamento por serem eles sensíveis à instrumentalização por parte das organizações criminosas que necessitam de profissionais detentores de conhecimentos especiais para lavar o dinheiro sujo, e assim manter intacto o proveito espúrio de suas atividades criminosas, que instrumentalizam entidades financeiras e não-financeiras, indistintamente.

02) Alguém só será cúmplice quando contribuir voluntariamente para o aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado, contudo, a teoria da imputação objetiva não conseguiu esclarecer, de forma convincente, e sem casuísmos, qual o critério

2158 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 5.

2159 MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina, 2000. p. 59.

2160 SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. t. 40. f. 1. jan./abr. 1996. p. 126-127. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-EficienciaYDerechoPenal-46495.pdf>. Acesso em: 27.05.2023.

para distinguir os riscos permitidos dos riscos proibidos, sobretudo porque qualquer conduta que favorece, de modo consciente, uma ação criminosa alheia, pode ser tudo, menos neutra.

03) O exame panorâmico das diversas construções teóricas disponíveis sobre a cumplicidade por meio de ações ditas neutras, especialmente daquelas que oferecem soluções casuísticas revela não apenas a insuficiência de todas elas, como também a constatação de que, aparentemente, seus proponentes principiam sugerindo respostas, em vez de fixar os limites das perguntas necessárias à solução do problema gerado por ações pretensamente neutras.

04) Quanto aos limites do risco permitido dos profissionais é imperativo observar que: a) o agente deve seguir as regras deontológicas de sua profissão, mas isso não o autoriza a tangenciar obrigações legais que lhe sejam impostas; b) o agente é dotado de conhecimentos especiais, e em razão deles tem maior capacidade de aferir situações suspeitas em favor das quais esteja sendo demandado a atuar; c) se o agente tiver conhecimento seguro (CP português, art. 14º, nºs 1 e 2) de que sua atuação profissional favorecerá a consumação de injusto penal alheio, deve rejeitar peremptoriamente tomar parte na empreitada, e caso insista estará gerando um risco juridicamente desaprovado, razão por que sua conduta será penalmente punível; d) caso o agente não tenha certeza, mas guarde fundadas suspeitas sobre o caráter ilícito da operação do agente principal, deve buscar maiores informações que lhe confirmem a segurança necessária de que sua atuação profissional será lícita, e se não as obtiver, ou se lhe forem negadas, naturalmente deve se abster de prestar-lhe o serviço, sob pena de assumir voluntariamente a eventual condição de cúmplice no injusto penal alheio.

05) Inexiste adequação profissional na conduta do advogado quando este colabora conscientemente para favorecer a consumação de um injusto penal almejado por seu cliente, pois estará atuando, no mínimo, como cúmplice (CP português, art. 27º), e tal cumplicidade penal poderá se concretizar tanto na concepção de operações (financeiras, imobiliárias, societárias etc.), quanto no exercício de uma suposta consultoria jurídica que facilite o delito de outrem, desde que esta não seja realizada no âmbito do diagnóstico da situação jurídica do cliente, e para fins de sua defesa perante órgãos administrativos ou judiciais.

06) Somente uma Constituição material pode legitimar as opções valorativas do direito penal, eis que o Estado de Direito se demite de sua função quando se omite na adoção de meios preventivos e repressivos indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos, de modo que somente com recurso à ponderação, à luz de uma interpretação constitucional do princípio da proporcionalidade, será possível extrair o limite entre eficácia e garantias no controle do branqueamento, tendo em conta tanto a tutela do

bem jurídico quanto os direitos, liberdades e garantias norteadores de um Estado de Direito de essência democrática.

Capítulo VII

CASOS PARADIGMÁTICOS DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E CEGUEIRA DELIBERADA

7.1 Considerações iniciais

Inicialmente é oportuno frisar que o benefício financeiro figura como autêntica mola propulsora, tanto daqueles que atuam em estado de cegueira deliberada, quanto daqueles que agem com o propósito deliberado de branquear recursos de origem espúria. Além disso, como visto ao longo deste estudo, notadamente no capítulo terceiro, não raras vezes o agir em estado de cegueira deliberada se destina a favorecer o delito alheio, mas buscando se afastar do estado de cumplicidade, e esse injusto penal de outrem poderá ser inclusive o branqueamento de capitais. De toda sorte, o ponto comum que justifica a abordagem dos casos paradigmáticos encartados neste capítulo será a obtenção de honorários, enquanto benefício financeiro, pouco importando que estes sejam maculados em sua origem. Aliás, cumpre relembrar que o vocábulo “honorários” tem origem latina e deriva de *honos*, que consistia em um presente ou prêmio conferido a alguém por força de alguma ação honrosa, e ainda na Roma antiga os honorários eram concedidos ao advogado em razão de sua oratória, ou de sua atuação. Eis o motivo pelo qual o vocábulo “honorários” passou a representar o pagamento efetuado a um profissional liberal pelo seu trabalho.

Relembre-se que as primeiras evidências da teoria da cegueira deliberada se verificaram na Inglaterra, sendo um caso datado de 1861 e outro de 1875. O primeiro, foi o caso *Regina vs. Sleep*, que gerou condenação por malversação de bens públicos, em um primeiro julgamento, mas que foi revertida em grau de recurso, eis que o juiz togado compreendeu que *Sleep* tanto desconhecia a origem da carga, como ainda não se escusara intencionalmente de sabê-lo. O segundo, foi o caso *Bosley vs. Davies*, em que o dono de uma pensão foi condenado em primeiro grau por favorecimento de jogos ilegais, embora alegasse desconhecer a prática de jogatina em seu estabelecimento. Segundo a sentença condenatória o conhecimento real não era obrigatório, e as circunstâncias fáticas revelavam que o arguido e seus funcionários eram coniventes com aquela prática ilícita, pois tinham motivos razoáveis para suspeitar de sua ocorrência. E o terceiro caso, ocorrido nos EUA, em 1889, quando a

Suprema Corte norte-americana aplicou as chamadas *Ostrich Instructions*, no caso *Spurr vs. United States*, que ensejou a condenação do presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, por certificação indevida de cheques sem fundos. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que a conduta de Spurr buscava violar a lei, seja porque teria ele decidido ignorar a existência ou inexistência de saldo suficiente na conta do cliente favorecido, seja porque se mostrou indiferente ao dever de verificação do saldo do cliente. Tal precedente influenciou diversos outros julgamentos em casos semelhantes, e reforçou a concepção de que a ignorância deliberada equivaleria a conhecimento efetivo da ilicitude da conduta alheia. Estes são os antecedentes históricos sobre a teoria da cegueira deliberada, os quais serão tomados como paradigma, para fins de exame dos casos contemporâneos de branqueamento de capitais, adiante selecionados.

7.2 Casos na abordagem jurisprudencial

Louvando-se não apenas na experiência acumulada como juíza do Tribunal Constitucional de Portugal, de maio de 1994 a abril de 2007, mas também em sua longa e profícua trajetória como jurista, ainda em 2018 a Professora Doutora Maria Fernanda Palma apregoava a seus alunos do doutoramento que ***“a jurisprudência é a expressão máxima da interpretação do problema”***. Destarte, os temas relativos ao branqueamento de capitais, à cegueira deliberada e aos honorários maculados não poderiam prescindir do prisma jurisprudencial. Bem por isso, este último capítulo será dedicado ao exame desses temas à luz da jurisprudência produzida nos EUA, na Alemanha, na Espanha, em Portugal, e no Brasil.

Foram selecionados casos de maior interesse, sobretudo quando enfrentados pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário de cada um desses Estados, mas em todo caso é oportuno fazer algumas considerações sobre a estrutura judiciária da Alemanha, eis que nem todos os casos dali extraídos foram julgados pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG).

Cumprindo ponderar que devido ao caráter federativo da Alemanha, o sistema judiciário é estruturado em tribunais federais, mas igualmente por tribunais de 16 (dezesesseis) estados federados, chamados *Länder*, sobre os quais recai o maior volume de trabalho da administração da justiça. Além disso, o sistema judiciário alemão se fraciona em cinco ramos ou competências especializadas independentes: a) competência de direito comum, b) competência de direito laboral, c) competência de direito administrativo geral, d) competência de direito fiscal, e) competência de direito social. Além destas, existe a competência de direito

constitucional, exercida tanto pelo Tribunal Constitucional Federal, quanto pelos tribunais constitucionais dos *Länder*.

Por outro lado, no âmbito da jurisdição estadual se observa a existência de tribunais locais, tribunais regionais e tribunais superiores (OLG), todos hierarquicamente subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH). Contudo, tanto os tribunais integrantes da justiça comum (federal ou estadual), quando os tribunais que compõem os ramos especializados da justiça germânica, são todos subordinados às decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG). Eis a razão pela qual, à exceção de um julgado do OLG de Hamburgo, e outro julgado do BGH, todos os demais precedentes da jurisprudência alemã foram apreciados pelo BVerfG²¹⁶¹.

7.2.1 Casos nos EUA

Nesse tópico nos propomos a examinar dois casos da jurisprudência estadunidense em que foi aplicada a teoria da cegueira deliberada, a saber: a) Caso *US vs. Campbell*, b) Caso *US vs. Gonzalez-Lopez*. O primeiro deles versa sobre a aplicação da *willful blindness* em uma acusação criminal formulada contra uma corretora de imóveis que, movida pelo desejo de receber honorários expressivos, ignorou deliberadamente as evidências de que seu pagamento tinha origem criminoso. O segundo caso, por seu turno, versa sobre possível nulidade de um julgamento criminal a partir da imposição de limites ao direito de livre escolha do advogado defensor.

a) Caso *US vs. Campbell* (977, F.2d 854 - 4th Cir. 1992)

Ellen Campbell era corretora imobiliária licenciada e trabalhava na “*Lake Norman Realty*”, em Mooresville, no estado da Carolina do Norte, ao passo que Mark Lawing desenvolvia a atividade de traficante de drogas, em Kannapolis, também situada no estado da Carolina do Norte. No verão de 1989, Lawing decidiu comprar uma casa no Lago Norman, e obteve o cartão de visita de Campbell no escritório da imobiliária onde ela desenvolvia suas atividades, após o que agendou uma consulta para examinar casas, tendo ele se apresentado como o proprietário da empresa “*L&N Autocraft*”, que supostamente realizava serviços de

2161 LIMONGI, Dante Braz; PEREIRA, Diogo Modesto; BORGES, Diogo Njaine. Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma. In: *Direito, Estado e Sociedade*. n. 39. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, jul./dez. 2011. p. 67-71. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/177-656-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/177-656-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 14.06.2023.

customização de automóveis. Durante cinco semanas Lawing se encontrou com Campbell, aproximadamente uma vez por semana, e examinaram cerca de 12 (doze) casas, e em tais ocasiões o traficante ia ao encontro da corretora no Porsche vermelho que possuía, ou num Porsche dourado, de propriedade de um colega igualmente traficante. Numa dessas viagens de visita aos imóveis, Lawing teria levado consigo um maço de cédulas contendo US\$20.000,00 (vinte mil dólares), e o exibiu à corretora para evidenciar sua capacidade financeira²¹⁶².

Ao final do processo de seleção o cliente acabou decidindo por uma casa pertencente a Edward e Nancy Guy Fortier, a qual estava à venda por US\$191.000,00 (cento e noventa e um mil dólares), e vinha sendo intermediada pela corretora Sara Fox. Após as negociações foi ajustado o preço de US\$182.500,00 (cento e oitenta e dois mil e quinhentos dólares), o qual restou apontado em um contrato escrito. Adiante, foi negado a Lawing um financiamento bancário, e por tal motivo ele propôs que US\$60.000,00 (sessenta mil dólares) fosse pago em dinheiro vivo, e que o preço da casa em contrato fosse retificado para apenas US\$122.500,00 (cento e vinte e dois mil e quinhentos dólares). Tal proposta foi feita à corretora Ellen Campbell, repassada à corretora Sara Fox, e posteriormente transmitida aos proprietários da casa.

Uma vez aceita a proposta, foi redigido um novo contrato que reduzia o preço e aumentava a porcentagem da comissão de intermediação, naturalmente para resguardar o lucro das corretoras. Frise-se que o argumento de Lawing junto aos vendedores foi no sentido de que a redução do preço da casa permitiria que os pais dele conseguissem obter uma hipoteca, cujas prestações seriam pagas pelo filho, em nome de seus pais. E quanto à parcela do preço paga em dinheiro vivo, argumentou o cliente que esta seria a única forma de convencer seus pais de que estavam fazendo um excelente negócio. Adiante, o comprador, os vendedores e as duas corretoras se reuniram no escritório de vendas da imobiliária em que Campbell trabalhava, onde foi paga a cifra de US\$60.000,00 (sessenta mil dólares), a qual estava acondicionada em pequenos pacotes, dentro de uma sacola de papel pardo. Lá foi assinado o novo contrato pelo novo valor ajustado, e o traficante gratificou as duas corretoras com uma gorjeta de algumas centenas de dólares. Os documentos e formulários necessários ao fechamento do negócio foram preparados pelo advogado Willian Austin²¹⁶³.

Nesse cenário, a corretora imobiliária Ellen Campbell foi indiciada por três acusações: a) branqueamento de ativos, b) envolvimento em transação com ativos derivados do crime, c)

2162 LEXIS NEXIS. *Law School Case Brief. US vs. Campbell - 977, F.2d 854 (4th Cir. 1992)*. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-campbell>. Acesso em: 26.06.2023.

2163 CASEMINE. *Browse cases. US vs. Campbell*. Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bee7add7b049347aafe8>. Acesso em: 26.06.2023.

oferecimento de declaração falsa (através do formulário HUD-1), que seria arquivada numa agência governamental. Campbell foi julgada e condenada por um júri, nas três acusações, mas após o veredito o tribunal distrital acolheu a moção de sua defesa para fins de absolvição quanto aos crimes de lavagem de dinheiro e transação com recursos de procedência criminosa. Além disso, o tribunal distrital também determinou a realização de um novo julgamento sobre tais acusações, caso a sentença de absolvição fosse revertida na apelação, isto porque também houve recurso interposto pelo Ministério Público.

Vale observar ainda que, nos EUA, uma condenação por branqueamento de capitais, nos termos do 18 USC § 1956(a)(1)²¹⁶⁴ exige prova do conhecimento do réu que: a) os fundos envolvidos na transação foram produto de atividade ilegal; b) a transação foi projetada para ocultar a natureza dos resultados. Bem por isso, a aferição da culpabilidade de Campell precisava evidenciar a incidência de conhecimento subjetivo real, pois a ré não poderia ser condenada pelo que ela objetivamente deveria saber, mas tal requisito fica um tanto mitigado pela teoria da “cegueira deliberada”. Com efeito, o elemento cognitivo do dolo, por ser satisfeito a partir de inferências externas, extraídas da prova, e que indiquem que o réu deliberadamente cerrou vistas para algo que, de outra forma, seria óbvio aos olhos do homem médio minimamente prudente. Por isso, cabe à acusação provar um propósito consciente do acusado para se afastar do conhecimento que era a ele acessível, e que tal propósito se mostra presente além de uma dúvida razoável, eis que uma atitude meramente negligente seria insuficiente para fins de condenação.

A examinar a apelação ministerial, a Corte de Apelações do 4º Circuito reverteu a decisão do tribunal distrital, por compreender que havia evidências suficientes para que o júri concluísse que a ré Ellen Campbell sabia que os fundos eram produto de atividades ilícitas e que aquela transação imobiliária tinha sido concebida para disfarçar a natureza desse produto criminoso. Conforme o entendimento do tribunal de segunda instância, o órgão julgador de primeiro grau teria incorrido em erro ao avaliar os elementos do delito, pois o Ministério Público precisava provar apenas que a acusada sabia que a transação fora projetada para ocultar as receitas ilegais de Lawing, e não que seu objetivo era ocultar fundos provenientes de atividades ilegais, tampouco que ela soubesse que Lawing os obtivera como traficante de drogas. Com efeito, partindo da premissa de que Campbell soubesse que os fundos de Lawing provinham de atividades ilegais, o pagamento clandestino de US\$60.000,00 (sessenta mil dólares) em dinheiro já teria sido suficiente para permitir que o júri concluísse que

2164 CORNELL LAW SCHOOL. *18 U.S. Code § 1956 - Laundering of monetary instruments*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 26.06.2023.

Campbell sabia, ou estava deliberadamente cega para o fato de que aquela transação teria sido projetada para uma finalidade ilícita. Nesse mesmo sentido apontam alguns precedentes da jurisprudência norte-americana (*US vs. Massac*, 867 F.2d 174, 177-78, 3º Cir., 1989 e *US vs. Isabel*, 945 F.2d 1193, 1202-03, 1º Cir., 1991). Portanto, apenas se Campbell ignorasse a natureza ilícita dos fundos de Lawing poderia argumentar, com credibilidade, que acreditava nos motivos ofertados por ele para justificar o “pagamento por fora” de quase um terço do valor de venda do imóvel, e que desconhecia igualmente o potencial branqueador daquela transação imobiliária. Conclusivamente, a própria natureza fraudulenta da transação fornece uma base suficiente a partir da qual o júri poderia inferir o conhecimento de Campbell sobre o propósito da transação, desde que Campbell também soubesse (ou detivesse conhecimento acessível) da fonte ilegal do dinheiro de Lawing. Nessa ordem de ideias, o 4º Circuito entendeu que a única indagação pertinente seria: Campbell sabia que os fundos de Lawing provinham de uma fonte ilegal?

É certo que as evidências do elemento cognitivo de Campbell sobre as atividades ilegais de Lawing não eram esmagadoras, isto porque: a) o tribunal distrital excluiu adequadamente o testemunho de Sweatt, que apontava Lawing como um “conhecido” traficante de drogas em Kannapolis, pois tal cidade fica situada a aproximadamente quinze milhas de distância da cidade de Mooresville, onde Campbell morava e trabalhava; b) não havia indicação de que a reputação de Lawing se estendesse por uma comunidade tão extensa. Por outro lado, o tribunal distrital mitigou igualmente evidências comprometedoras, como o depoimento da corretora Sara Fox, a qual reportou que em um dos contatos Campbell havia declarado antes da venda que os fundos de Lawing “podem ter sido dinheiro de drogas”. Tal depoimento foi desconsiderado porque conflitava com um depoimento anterior da mesma testemunha, perante o grande júri, no qual ela informara que não se lembrava de Campbell ter aludido sua suspeita de que Lawing poderia ter envolvimento com o tráfico de drogas. Segundo a Corte de Apelações do 4º Circuito, ao avaliar o depoimento de Sara Fox dessa maneira, o órgão julgador de primeiro grau teria feito um julgamento inadmissível sobre a credibilidade da testemunha, pois tal valoração estava claramente dentro da esfera exclusiva do júri. Demais disso, ponderou que ao decidir sobre um pedido de absolvição, o tribunal distrital é obrigado a examinar as provas à luz mais favorável à acusação, e sob tal prisma, o testemunho de Fox sobre a declaração de Campbell de que os fundos poderiam ter sido dinheiro de drogas, deveria ter sido aceito como completamente verdadeiro.

Por tais motivos, o 4º Circuito rejeitou o recurso de Campbell, salientando inclusive que a reversão do julgamento de absolvição por dois dos três crimes, e a confirmação de que

deveria ser ela submetida a um novo julgamento não encontrava óbice na cláusula de dupla incriminação da Constituição norte-americana, conforme precedente da jurisprudência datado de 1982 (*Tibbs vs. Florida*, 457 US. 31, 42, 102 S.Ct. 2211, 2218, 72 L.Ed.2d 652). Com efeito, a Suprema Corte considerou que um processo sucessivo não violava a cláusula de dupla incriminação quando um novo julgamento fora concedido devido a uma decisão judicial de que a condenação anterior teria sido contrária à prova dos autos. Aliás, refletiu ainda o 4º Circuito que sujeitar Campbell a um novo julgamento pelos delitos de branqueamento e transações com produto de crimes, além de não constituir um *bis in idem*, seria resultado de sua própria moção para um novo julgamento, e não do acolhimento de uma nova acusação formulada pelo Ministério Público. Diante disso, a sentença absolutória do tribunal distrital, quanto aos crimes de lavagem de dinheiro e realização de negócio com produto de crime anterior foi reformada, mas foi provida a concessão condicional de um novo julgamento sobre tais acusações²¹⁶⁵.

b) Caso *US vs. Gonzalez-Lopez* (548 U.S. 140. 2006)

Segundo o relato do Juiz Antonin Scalia²¹⁶⁶, relator do recurso formalizado pelo réu junto à *Supreme Court of the United States* (SCOTUS), os fatos relevantes da causa revelam que: a) Cuauhtemoc Gonzalez-Lopez foi acusado no Distrito Leste do Missouri de conspiração para distribuir mais de 100 (cem) quilos de maconha; b) sua família contratou o advogado John Fahle para representá-lo, mas após ser formalizada a acusação, o réu ligou Joseph Low, advogado da Califórnia, para indagar se ele o representaria em juízo em lugar de Fahle, ou em atuação conjunta como ele; c) o advogado Low foi ao encontro do réu, e este o contratou; d) algum tempo depois, os advogados Low e Fahle representaram o réu numa audiência instrutória probatória perante um juiz singular, o qual aceitou o comparecimento provisório de Low, permitindo que ele participasse da audiência, desde que entrasse com uma moção para admissão “*pro hac vice*”²¹⁶⁷, entretanto, durante a audiência o juiz revogou a aceitação provisória por entender que, ao passar notas ao advogado Fahle, o advogado Low havia violado uma regra do tribunal que restringia a representação do réu em interrogatório a

2165 CASETEXT. *US vs. Campbell*. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-campbell-95>. Acesso em: 26.06.2023.

2166 JUSTIA. *United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140 (2006). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/140/>. Acesso em: 27.06.2023.

2167 “*Pro hac vice*” é um termo latino que significa “para esta ocasião” ou “para este evento”. Aplica-se a um advogado não admitido em uma jurisdição específica, mas autorizado a participar de um caso específico (CORNELL LAW SCHOOL. *Proc hac vice*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/pro_hac_vice. Acesso em: 27.06.2023).

um único advogado; e) na semana seguinte, o réu informou a Fahle que queria que Low fosse seu único advogado, razão por que Low então entrou com um pedido de admissão *pro hac vice*; f) o tribunal distrital negou o pleito de Low sem apresentar sua fundamentação, e um mês depois Low formulou um segundo pedido no mesmo sentido, o qual foi igualmente indeferido sem oferta de fundamentação explícita; g) na sequência, Low impetrou um mandado de segurança em segunda instância, mas também este foi indeferido pela Corte de Apelações do 8º Circuito; h) diante de tal embate jurídico, Fahle requereu a realização de uma audiência, a fim de ser dispensado da defesa de González-Lopez, mas também para pedir a aplicação de sanções contra seu colega Low, sob o argumento de que, ao manter entendimentos com o réu enquanto este era por si representado, o advogado Low teria violado o *Rule of Professional Conduct 4-4.2 (1993)*; i) o tribunal distrital acolheu o pedido de Fahle para se retirar da defesa do réu, o qual foi autorizado a constituir um novo advogado, tendo sido escolhido Karl Dickhaus para representá-lo em julgamento, e somente então o tribunal distrital negou a moção de Low, esclarecendo que ele havia violado o item 4-4.2 do código de condutas profissionais dos advogados; j) o caso foi a julgamento e Dickhaus representou o acusado, mas Low formulou novo pleito de admissão como defensor de González-Lopez, e contabilizou mais uma derrota; k) além disso, o tribunal distrital também negou o pedido de Dickhaus para ter Low junto dele na bancada da defesa, e para fazer cumprir aquela ordem determinou que um agente *US Marshal*²¹⁶⁸ sentasse entre os dois advogados e impedisse qualquer tentativa de contato entre ambos, durante o julgamento; l) o acusado não conseguiu manter contato com o advogado Low durante o julgamento, salvo em uma única ocasião, e na última noite; m) o júri considerou o réu culpado, e após o julgamento o tribunal distrital acolheu a moção de Fahle para aplicação de sanções contra Low.

Irresignado, o réu apelou à Corte de Apelações do 8º Circuito, e esta veio a anular a sentença condenatória proferida contra González-Lopez, sob o entendimento de que o órgão julgador de primeiro grau havia errado na interpretação do item 4-4.2 do código de conduta dos advogados, e que, ao impedir a comunicação entre o réu e o advogado Low, o tribunal

2168 O *US Marshals Service* é a agência policial federal mais antiga e versátil dos EUA, e seus agentes servem ao país desde 1789, muitas vezes de maneiras invisíveis, mas em situações críticas. O *Marshals Service* ocupa uma posição central única no sistema de justiça federal. É o braço de execução dos tribunais federais, envolvido em praticamente todas as iniciativas de aplicação da lei federal. Delegados de justiça norte-americanos nomeados pelo presidente dirigem as atividades de 94 (noventa e quatro) distritos federais. Aproximadamente 3.829 (três mil, oitocentos e vinte e nove) delegados de polícia e investigadores criminais dos EUA formam a espinha dorsal da agência. Os deveres do *US Marshals Service* incluem proteger o judiciário federal, apreender fugitivos federais, administrar e vender bens apreendidos adquiridos por criminosos por meio de atividades ilegais, abrigar e transportar prisioneiros federais e operar o Programa de Segurança de Testemunhas. A sede da agência fica do outro lado do rio Potomac, em Washington, DC (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Marshals Service*. Disponível em: <https://www.usmarshals.gov/>. Acesso em: 27.06.2023).

distrital teria violado o direito à livre escolha de defensor, previsto na Sexta Emenda à Constituição norte-americana. Além disso, ponderou o tribunal de segunda instância que a violação à Sexta Emenda não estava sujeita à revisão de erro inofensivo, pois a negativa de que o réu escolhesse o advogado de sua preferência consistiria num erro estrutural. Na sequência, o Ministério Público recorreu à Suprema Corte, e embora não tenha contestado o erro do tribunal distrital, argumentou que tal erro deveria estar sujeito a uma análise de erro inofensivo, e que González-Lopez não teria sofrido prejuízo em seu direito à ampla defesa.

O julgamento perante a Suprema Corte teve um placar bastante estreito, e a anulação da sentença condenatória foi mantida por 05 (cinco) votos a 04 (quatro). Em seu voto vencedor, o juiz relator admitiu que a denegação do direito de escolha de advogado ao réu Gonzalez-Lopez teria sido um erro estrutural, e que isso impunha reversão sem análise de erro inofensivo. Ponderou ainda que, ao proibir que Low representasse o acusado, o tribunal distrital produziu efeitos que nunca poderiam ser mensurados adequadamente, e por isso mesmo não poderiam ser admitidos como um mero erro inofensivo, nomeadamente porque seria impossível especular sobre qual o efeito que a atuação de um outro advogado no processo poderia ensejar. Nessa ordem de ideias, asseverou o relator que todo o processo teria sido injusto e não confiável, e por isso mesmo a sentença condenatória tinha sido corretamente nulificada pelo 8º Circuito. O voto do relator foi acompanhado pelos juízes John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer, e segundo consta nos registros históricos da Suprema Corte, o caso González-Lopez foi um dos três únicos casos em que o Juiz Scalia se acostou ao posicionamento dos membros da ala vitoriosa. Por outro lado, a dissidência foi aberta pelo Juiz Samuel Alito, o qual foi acompanhado em seu entendimento pelos juízes John Roberts, Anthony Kennedy e Clarence Thomas. Ponderou o autor do voto divergente que: a) o tribunal distrital interpretou incorretamente a proteção da Sexta Emenda ao direito de livre escolha do réu a seu advogado de defesa, contudo, isso não deveria implicar numa reversão automática da sentença; b) como a Constituição carecia de diretrizes sobre como esses direitos deveriam ser aplicados, a Corte deveria seguir a diretriz do Congresso para aplicar a análise de erro inofensivo.

É oportuno destacar que, embora não verse sobre branqueamento de capitais, nem sobre a teoria da “cegueira deliberada”, este precedente da jurisprudência norte-americana foi considerado relevante para o escopo deste estudo porque demonstra que o direito à livre escolha do advogado não pode ser considerado absoluto. Inobstante a maioria da Suprema Corte tenha mantido a anulação da sentença condenatória, tal como já decidido pelo 8º Circuito, pelo menos quatro dos nove membros do órgão de cúpula do Judiciário dos EUA

compreenderam que seria necessário avaliar se o erro do tribunal distrital tivera efeitos efetivamente negativos aos direitos do contraditório e da ampla defesa. É desse cenário que resulta a reflexão de que os réus não podem invocar o direito à livre escolha de seus defensores, como se isso fosse uma escusa legítima para que utilizem o produto de seus crimes como pagamento de honorários maculados.

7.2.2 Casos na Alemanha

Neste subtítulo serão examinados seis precedentes judiciais que muito bem refletem a percepção do judiciário germânico sobre o crime de branqueamento de capitais e sua eventual ocorrência, por meio da percepção de honorários maculados. Essa análise será feita de acordo com a ordem cronológica, inclusive para avaliar a evolução hermenêutica das cortes germânicas. Os casos tratados serão os seguintes: a) Sentença de 06.01.2000, do Tribunal Regional Superior de Hamburgo (OLG); b) Sentença de 04.07.2001, do Tribunal de Justiça Federal (BGH); c) Sentença de 30.03.2004, do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG); d) Sentença de 14.01.2005, do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG); e) Sentença de 04.07.2006, do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG); f) Sentença de 28.07.2015 do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG).

a) Sentença de 06.01.2000 do Tribunal Regional de Hamburgo

Um advogado com atuação profissional em Hamburgo foi acusado de cometer o crime de branqueamento de capitais porque teria recebido DM\$5.000,00 (cinco mil marcos), a título de honorários antecipados, para defender uma cliente que viajava da Holanda para a cidade alemã de Colônia, levando consigo um quilo de cocaína. Tal mulher foi interceptada e presa por tráfico de estupefacientes, e durante a investigação restou apurado que a mesma guardava estreitas relações com um traficante da região. Foi precisamente esse traficante que contratou os serviços do advogado em questão e efetuou o adiantamento dos honorários. Por tal razão, o Ministério Público entendeu que os honorários antecipados foram pagos por meio de dinheiro proveniente do tráfico, mais especificamente de uma venda de 300 (trezentos) gramas de cocaína, ocorrida pouco tempo antes, pelo valor de DM\$19.500,00 (dezenove mil e

quinhentos marcos)²¹⁶⁹. O advogado foi absolvido pelo tribunal de primeiro grau (*Landgericht*), o qual firmou entendimento de que não havia provas suficientes de que o causídico teria agido com dolo ou imprudência, relativamente à origem ilícita dos honorários. Portanto, a Corte de primeira instância adotou a solução a partir do tipo subjetivo, devido ao acréscimo da figura típica da negligência (StGB, § 261, nº 5), na fase do íter legislativo da lei de lavagem²¹⁷⁰.

Sucede que o órgão acusador recorreu ao tribunal de segunda instância (*Oberlandsgericht*), o qual deliberou em 06 de janeiro de 2000, e manteve inalterado o dispositivo da sentença absolutória, ainda que por fundamento diverso²¹⁷¹. Segundo o OLG de Hamburgo o fato não exigia prosseguimento das investigações porque não se poderia condenar o advogado, ainda que restasse evidenciado que ele detinha conhecimento seguro da origem ilícita do dinheiro, e ponderou mais que a pretensão de isolar economicamente os delinquentes não poderia chegar ao extremo de criminalizar as condutas de atenção a necessidades cotidianas, como alimentação, vestuário, consumo de serviços médicos, ou de serviços advocatícios²¹⁷².

Pondera Kai Ambos que a decisão do OLG de Hamburgo salienta que “a partir da Constituição e pela interpretação do § 261, 2, 1 do StGB, é possível ao acusado de um ato do catálogo de crimes antecedentes escolher um defensor e pagá-lo, e disso também extraiu a consequência de que o tipo objetivo do § 261, 2, 1, não abarca a aceitação de valores, como pagamento de honorários, pelo defensor. Esse argumento caracterizou a chamada solução do tipo, na medida em que excluía a punibilidade já no próprio tipo objetivo, tendo em vista que a punibilidade da aceitação de honorários violaria o direito fundamental do advogado ao livre exercício da profissão (art. 12, I da GG) e o direito do acusado a uma defesa livremente constituída (§ 137 do StPO)”²¹⁷³.

Entretanto, Rodrigo de Grandis adverte que, para o OLG de Hamburgo, tal interpretação se referia exclusivamente aos casos de pagamento de honorários no âmbito de defesas penais, não podendo ser ampliado a outros negócios “cotidianos”, ou ainda a outras atividades de

2169 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards: Com especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). *Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 132. No mesmo sentido: DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Ob. cit., p. 132.

2170 RIOS, Rodrigo Sánchez. *Advocacia e lavagem de dinheiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 193.

2171 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. Ob. cit., p. 133.

2172 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. *El delito de blanqueo de dinero*. Ob. cit., p. 166.

2173 AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Ob. cit., p. 108.

assessoramento realizadas pelos advogados. E em razão disso, fixou três hipóteses através das quais, nos casos concretos, seria possível admitir a caracterização do crime de branqueamento: a) quando os bens branqueados derivam de crimes cuja vítima esteja perfeitamente identificada, b) quando houver interferência no normal funcionamento da administração da justiça, c) quando o pagamento de honorários não representa uma contraprestação a uma atividade profissional efetivamente realizada, mas consiste em mera fraude para encobrir um ato de lavagem²¹⁷⁴.

Sánchez Rios destaca que naquele momento as conclusões do OLG de Hamburgo tiveram um efeito tranquilizador sobre os advogados, mas pondera que “das críticas vertidas à decisão do OLG, a de maior destaque é, sem dúvida, aquela referente ao método usado pelo tribunal para excluir o advogado criminal do alcance da aplicação do § 261 do StGB. A hermenêutica conforme a Constituição significa justamente poder escolher, entre as várias possibilidades de interpretação, a mais adequada ao texto constitucional. De acordo com o tribunal, o teor literal da norma e a vontade do legislador não permitiriam nenhuma possibilidade de isentar os advogados pelos honorários maculados, chegando a afetar, com isso, os direitos fundamentais do profissional”²¹⁷⁵.

Em verdade, são criticáveis tanto as assertivas de Sánchez Rios, quanto as razões invocadas pelo OLG de Hamburgo, eis que: a) o direito à livre escolha do advogado e o direito ao livre exercício profissional não podem ser admitidos como manto protetor para que o advogado contribua para lavar dinheiro de origem ilícita; b) embora seja certo que o réu tem o direito de escolher o defensor que melhor lhe aprouver, isso não implica dizer que tenha o direito de remunerá-lo com o fruto de seu crime antecedente; c) argumentar que o recebimento de honorários maculados se mostra incapaz de atrair a incidência do tipo objetivo do crime de branqueamento é tão inidôneo quanto negar a possibilidade de alguém possa responder pelo crime de homicídio apenas porque realizou uma ligação telefônica, ainda que tal telefonema tenha sido dirigido ao pistoleiro encarregado de eliminar a vítima; d) por mais cotidianas que sejam determinadas ações, é imperioso reconhecer que inexistem condutas neutras *per se*.

2174 DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Ob. cit., p. 132-133.

2175 RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 195-196.

b) Sentença de 04.07.2001 do Supremo Tribunal de Justiça Federal

O caso objeto deste tópico diz respeito a advogados que foram acusados de defender um casal constituído arguido, pelo cometimento de fraudes milionárias²¹⁷⁶. O caso teve início em 1994, e costuma ser referido pela doutrina como “*European Kings Club*”. Segundo o relatório da sentença um casal foi investigado e processado por haver criado um esquema de investimento, do tipo “pirâmide” ou “ponzi”, a partir do qual foram obtidos imensos lucros à custa da boa-fé alheia. Ainda em 1991, o aludido casal de investigados teria criado o “*German Kings Club*” (GKB), e no ano seguinte criaram o “*European Kings Club*” (EKC). Tais empresas seriam instrumento para aplicação de golpes em grande escala, pelo sistema “bola de neve”, de modo que aquele que comprava uma espécie de “letra de câmbio” por DM\$1.400,00 (um mil e quatrocentos marcos) recebia a promessa de que em 12 (doze) meses receberia DM\$2.400,00 (dois mil e quatrocentos marcos). Todavia, diante da impossibilidade de um crédito semelhante no mercado, somente se poderia devolver o dinheiro pactuado através da captação de dinheiro junto a novos integrantes do clube. Após a “bola de neve” ter sido desfeita no princípio de 1995, o EKC tinha 94.000 (noventa e quatro mil) sócios na Alemanha, e teria movimentado nada menos que DM\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil marcos). Os criadores do clube foram imputados como autores de um delito de associação criminal em concurso com um delito de estelionato.

Sucedem que, ainda em 1994, cada um dos advogados recebeu, em efetivo, um adiantamento de honorários da ordem de DM\$200.000,00 (duzentos mil marcos), além de lhes ter sido outorgado o direito de resgatar duas fianças de DM\$500.000,00 (quinhentos mil marcos), pagas ainda em setembro de 1994, como requisito para concessão de liberdade provisória aos réus. O tribunal de primeira instância (LG de Frankfurt), através de sentença emitida em 04 de maio de 2000, condenou os causídicos a 09 (nove) meses de prisão, por branqueamento de capitais, eis que: a) os honorários não foram pagos por familiares dos clientes, mas por um funcionário da empresa investigada; b) o valor da vultosa verba honorária foi pago em espécie, apesar dos clientes ainda se encontrarem presos; c) os advogados não haviam formalizado qualquer contrato de honorários, tampouco emitiram recibo pelos pagamentos antecipados; d) havia amplo conhecimento de que o dinheiro usado no pagamento dos honorários seria de origem maculada²¹⁷⁷.

2176 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 58.

2177 RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 197-198.

Entretanto, os advogados foram absolvidos da acusação do delito de receptação (StGB, § 257), o qual foi imputado em decorrência do pleito de devolução das cifras outrora depositadas como fiança dos clientes. Entendeu o órgão julgador de primeiro grau que o mero recebimento do dinheiro da fiança não implicaria em qualquer aproveitamento, pois não produzia benefício direto dos fatos intrínsecos à fraude exigida por tal dispositivo legal. Nessa ordem de ideias, pondera Kai Ambos que o tribunal de primeiro grau não adotou a proposta legislativa de conduta imprudente quanto à aferição da origem do dinheiro pago, a título de honorários, eis que o órgão julgador de primeiro grau: a) admitiu que os réus teriam agido com culpa grave, seja por indiferença, seja por desatenção; b) adotou a solução do dolo; c) teve em conta o perfil profissional específico do advogado de defesa, através de uma interpretação restritiva do § 261 do StGB²¹⁷⁸.

Na sequência, tanto a defesa quanto o Ministério Público recorreram ao BGH, o qual deu provimento ao recurso ministerial e confirmou a condenação, relativamente ao crime de branqueamento por meio de honorários antecipados em dinheiro vivo, além de ter cassado a absolvição no tocante à postulação incidente sobre o valor da fiança, por entender que também aquela conduta atraía a incidência do § 261 do StGB²¹⁷⁹. A título de *ratio decidendi*, a Corte pontuou que: a) havia indícios de que ambos os advogados conheciam a origem ilícita do dinheiro que lhes foi pago a título de honorários adiantados; b) os tais honorários adiantados foram em montante desproporcional à natureza do serviço advocatício; c) o enquadramento da conduta dos advogados no tipo penal de branqueamento (StGB, § 261) não violava qualquer direito fundamental, pois o direito ao livre exercício da profissão não autoriza ao profissional a prerrogativa de ser remunerado com recursos sabidamente criminosos; d) embora os clientes tenham o direito de escolher os defensores que melhor lhes aprouver, não podem alimentar a pretensão de pagar honorários com o fruto de seus crimes; e) a livre escolha de um defensor pressupõe capacidade econômica lícita do contratante; f) inexistindo capacidade econômica do cliente que necessita de uma defesa jurídica técnica, tal interesse restará atendido por meio da designação de um defensor público, o qual não pode ser tido como um advogado de segunda categoria; g) no campo prático poucos advogados são chamados a responder pelo crime de receptação, razão por que não se poderia presumir que

2178 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 58-59.

2179 ALEMANHA. *Bundesgerichtshof (BGHSt). Colección oficial*. t. 47. n. 68. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2891. Disponível em: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?cat=5>. Acesso em: 14.06.2023.

existiria um enquadramento indiscriminado de advogados no crime de branqueamento, em decorrência do recebimento de honorários²¹⁸⁰.

Berruezo e Coppola argumentam que o BGH conseguiu restringir a aplicação do tipo penal de branqueamento a partir de uma interpretação conforme a Constituição, por meio da ponderação dos princípios da liberdade de trabalho e de um julgamento justo, com a importante causa comunitária da prevenção à lavagem de dinheiro, em relação à qual o Estado alemão se obrigou internacionalmente, por força de tratados internacionais. Acrescentam que a transmissão de bens de origem delitiva sob o amparo de uma relação de confiança protegida constitucionalmente é um abuso da posição privilegiada do defensor, e por isso mesmo não merece qualquer amparo constitucional, pois se o defensor, no momento de receber seus honorários, tem conhecimento seguro de que eles estão sendo pagos com recursos de origem ilícita, estará ele se colocando fora do rol de órgão da administração da justiça. Portanto, reconhecem que: a) parte da doutrina e da jurisprudência germânica mantem a opinião de que o advogado criminalista, como qualquer outro participante da vida econômica, é um possível autor do crime de branqueamento; b) outro segmento da doutrina e da jurisprudência alemã entende que, diante dos perigos que suporta para o livre exercício da advocacia e para a efetividade da defesa, se impõe uma limitação à incidência do tipo penal da lavagem, ponderando os fins que o delito pretende cumprir e os direitos em conflito, posto que a conduta do advogado deve ser considerada impunível, por ser socialmente ou profissionalmente adequada; c) uma terceira corrente defende que deve ser aplicada uma causa de justificação aos advogados, isto a partir da especial posição constitucional do defensor criminal e da presunção de inocência de seu cliente²¹⁸¹.

Ainda sobre a sentença proferida pelo BGH, Sánchez Rios relembra que mesmo durante a tramitação do projeto de lei que alterava os limites do § 261 do StGB, o parlamento alemão recusou todas as propostas voltadas a excluir do tipo penal certas condutas ditas neutras, dentre as quais, a atuação do advogado defensor no âmbito de uma ação criminal. Além disso, a autonomia profissional do advogado não pode de maneira algum ficar atrelada à dependência econômica do crime organizado, de modo que o direito à livre escolha de um defensor deve estar submetido à capacidade econômica do cliente para fazê-lo com recursos de origem lícita, e caso não disponham de tais recursos seu direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa deverá ser garantido através da atuação de um defensor

2180 DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Ob. cit., p. 134.

2181 BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolas. *El delito de blanqueo de dinero*. Ob. cit., p. 169-171.

público, pois nenhum advogado defensor tem o direito de ser remunerado com o produto do crime subjacente, assim como o cliente não ostenta o direito de usar os recursos provenientes de um delito outrora cometido²¹⁸².

c) Sentença de 30.03.2004 do Tribunal Constitucional Federal

É certo que a defesa dos advogados cuja condenação foi ratificada pelo BGH ficou insatisfeita com o resultado alcançado pelos órgãos de persecução penal, e precisamente por isso formalizou uma reclamação constitucional ao Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). Aquela Corte entendeu que o advogado exerce uma função que se insere na administração da justiça, e que o recebimento de verba honorária de origem sabidamente ilícita extrapolava os limites constitucionais do livre exercício profissional. Pontuou, contudo, que o advogado deve ter o conhecimento seguro da origem do dinheiro, no instante em que recebe o pagamento ou adiantamento de seus honorários, pois sem tal conhecimento, restará afastado o crime de branqueamento, e caso o cliente acusado só disponha de ativos ilícitos, deverá ser assistido por um defensor público. Como possível indicador para a aferição do conhecimento, o BVerfG assinalou o valor extraordinário da cifra paga a título de adiantamento, bem como a forma através da qual o dinheiro foi transmitido. De fato, salvo para os adeptos das teorias de ações neutras de tendencial impunidade, o direito à livre escolha profissional jamais pode ser admitido como “passe livre” para que um réu remunere algum advogado com dinheiro oriundo de crimes subjacentes, pois o exercício do contraditório e da ampla defesa deve ser interpretado em conjunto com o interesse estatal na persecução da lavagem de capitais.

Sobre o acórdão da Corte Constitucional germânica, sustenta Kai Ambos que “o BVerfG, na decisão de 30 de março de 2004, igualmente levou em conta a chamada solução do dolo, de forma que exigiu o conhecimento seguro acerca da origem ilícita dos honorários maculados, no momento da aceitação”²¹⁸³. Aduz ainda que, em sua ótica pessoal, a restrição normativa do tipo penal, tal como aplicada pelo Tribunal Constitucional, seria problemática porque contrariava o teor literal da lei, especialmente por força da “inexistência de unicidade quanto ao bem jurídico protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro”. Argumenta que a decisão do BVerfG foi contrária à opinião geral, e que através da exclusão do dolo eventual do tipo subjetivo do § 261 do StGB, a Corte Constitucional teria arrogado para si um poder arbitrário, no mesmo sentido das chamadas “leis de medidas preventivas”, que não estavam

2182 RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 199.

2183 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit. 109.

previstas na Constituição. Criticou ainda a circunstância de não ter ficado esclarecido se a decisão restritiva se referia apenas aos advogados defensores, ou a outros profissionais²¹⁸⁴. Na visão do jurista alemão a aceitação de honorários maculados não produz qualquer perigo a um bem jurídico concreto, e por isso mesmo não representaria um injusto punível, mas apenas uma forma de combater efetivamente os atos antecedentes²¹⁸⁵. *Data maxima venia*, inobstante a respeitabilidade acadêmica conquistada pelo jurista de Göttingen, o argumento não convence, sobretudo a partir da lógica dos delitos por acumulação, tais como os crimes ambientais, por exemplo.

Discorrendo igualmente sobre a sentença do BVerfG, de 30 de março de 2004, Sánchez Rios assinala que a mesma se converteu em verdadeiro paradigma para decisões posteriores, eis que restringiu o alcance da aplicação do tipo penal da lavagem no marco do elemento subjetivo (StGB, § 261, nº 2, 1), de modo que somente poderia ser apenado o advogado que detivesse um conhecimento seguro acerca da procedência ilícita do dinheiro que lhe foi pago, a título de honorários. Agrega ainda que “os fundamentos da condenação seriam constitucionalmente corretos, pois o Tribunal de Frankfurt teria efetuado uma adequada argumentação do efeito de irradiação do art. 12, nº 1 da GG, na valoração da prova e na suposição do fato, desenvolvendo uma fundamentação jurídica, conforme a Constituição, interpretando o tipo subjetivo de forma restritiva, e assim, exigindo conhecimento seguro da origem delitiva do dinheiro recebido”²¹⁸⁶.

De fato, a interpretação conforme a Constituição aponta que todo e qualquer preceito jurídico deve ser interpretado de modo a identificar o sentido compatível com a Constituição, excluindo, em consequência, aquele que não o seja. Quanto ao ponto, Canotilho adverte que o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição é “um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”²¹⁸⁷. Em todo caso, sob o prisma de Enzo Musco se questiona, no âmbito doutrinário, o acerto ou desacerto da posição adotada pela Corte Constitucional alemã, a qual teria mantido o problema aberto, havendo a necessidade de uma interpretação restritiva da norma penal²¹⁸⁸. De igual forma, na

2184 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 75-80.

2185 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 76.

2186 RIOS, Rodrigo Sánchez. Advocacia e lavagem de dinheiro. Ob. cit., p. 201.

2187 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ob. cit., p. 1.226.

2188 MUSCO, Enzo. *Il riciclaggio nel diritto penale italiano. Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario*. In: FERRÉ, Juan Carlos (org.). *Delitos financieros, fraude y corrupción em Europa*. v. 2. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002. p. 33.

percepção de Bussenius²¹⁸⁹, o critério adotado pelo BVerfG não teria sido suficiente para a identificação do elemento subjetivo (*mens rea*), pois o advogado não estaria obrigado a questionar ao cliente a origem dos recursos recebidos. Argumenta a jurista de Bonn que, apesar de algumas inconsistências, a Corte Constitucional germânica foi cautelosa ao reconhecer os direitos constitucionais do advogado de defesa, observando adequadamente os danos aos cidadãos decorrentes da prática do crime de branqueamento de capitais.

Cotejando os fundamentos da sentença do BVerfG, de 30 de março de 2004, diante do ordenamento jurídico espanhol, assevera Córdoba Roda que “o pagamento ao advogado equivale à retribuição de serviços de assessoramento ou de direção letrada. Em virtude de dito pagamento, não tem lugar a aquisição, conversão ou transmissão de bens”. Bem por isso, sustenta que o recebimento de honorários, ainda que com o conhecimento da origem ilícita, “não dá lugar à realização da parte objetiva do tipo”²¹⁹⁰. Ainda no plano da doutrina espanhola, Blanco Cordero²¹⁹¹ e Ragués i Vallès²¹⁹² se posicionam em favor de uma solução absolutória nos casos de ações socialmente adequadas, ainda que sejam realizadas com o conhecimento da origem ilegal dos bens, por parte do advogado, restringindo-se o art. 301, nº 1, do CP espanhol às condutas dirigidas à ocultação ou ao encobrimento da procedência de bens, direitos ou valores. Oliva Garcia²¹⁹³, por seu turno, entende que o conceito-chave nessa discussão é o de “honorários de boa-fé”, sem qualquer equívoco para a representação concernente à responsabilidade penal do acusado, excluindo-se de tal acepção as situações de: a) um plano forjado para manter os interesses do acusado ou de um terceiro sobre certos ativos; b) utilizá-los de forma que lhes suponha um benefício. Portanto, a responsabilização penal do advogado por branqueamento somente se justifica quando inocorre uma genuína cobrança de honorários, mas sim uma ocultação do dinheiro de origem ilícita. Isso se verifica, por exemplo, quando os honorários percebidos superam consideravelmente o valor dos serviços prestados e existe um acordo entre o advogado e o cliente para a transferência total ou parcial dos ativos, ao cliente ou a terceiros. Já Abel Souto²¹⁹⁴ defende a adoção de uma interpretação material restritiva ou teleológica que tome em consideração: a) o bem jurídico

2189 BUSSENIUS, Anne. *Money laundering by defense counsel – The decision of the Federal Constitutional Court*. Disponível em: www.germanlawjournal.com. Acesso em: 15.06.2023.

2190 CÓRDOBA RODA, Juan. *Abocacia, secreto profesional Y blanqueo de capitales*. In: *Cuadernos de Crítica Jurídica*, n. 1. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 62-63.

2191 BLANCO CORDERO, Isidoro. *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*. Ob. cit., p. 291.

2192 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y negocios standard*. Ob. cit., p. 189.

2193 OLIVA GARCIA, Horacio. *La defensa ante la acusación por blanqueo de dinero*. Ob. cit., p. 35-37.

2194 ABEL SOUTO, Miguel. *Conductas típicas del blanqueo em el ordenamiento penal español*. Ob. cit. p. 223-224.

tutelado (administração da justiça e ordem socioeconômica); b) a idoneidade dos atos praticados para incorporar capitais ilícitos ao tráfico econômico; c) a gravidade do injusto precedente. Por tais critérios, entende pela exclusão da tipicidade nos casos em que as modalidades de ajuda que formem parte do direito fundamental à defesa e à assistência letrada, nos termos do art. 24, nº 2 da carta constitucional espanhola, bem assim nas situações em que se dá o pagamento legítimo de honorários aos advogados.

No plano da doutrina brasileira há entendimento de que a Lei nº 9.613/98 adotou a solução pelo tipo subjetivo, mas há divergências quanto à modalidade do dolo exigível, pois para alguns só haverá branqueamento se o advogado receber honorários maculados com o conhecimento seguro de que está recebendo dinheiro de origem espúria, mas outros admitem a possibilidade de que o crime seja praticado com dolo eventual. Com efeito, dispõe o art. 1º, §1º, II do aludido diploma que cometerá lavagem de dinheiro aquele que “para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere”. Por outro lado, o § 2º, II do mesmo dispositivo estabelece que “incorre, ainda, na mesma pena quem: participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei”.

Conclusivamente, há correntes que excluem a tipicidade da conduta consistente no recebimento de honorários maculados, seja no plano objetivo, seja no plano subjetivo, seja pela incidência de uma causa de justificação, a qual estaria configurada pela “colisão de interesses entre o interesse legítimo no combate à lavagem de dinheiro e o direito do acusado a uma escolha efetiva da sua defesa, nesta situação jurídica somente pode ser equilibrada através da solução subjetiva da justificação”²¹⁹⁵.

Contudo, a eventual aplicação da teoria das ações ditas neutras sempre implicará o exame das circunstâncias fáticas do caso concreto, pois não existem condutas neutras de *per se*. É preciso tentar identificar se o comportamento ostenta sentido delitivo ou uma inclinação reconhecível ao injusto (dolo eventual). Quanto a isso, Munõz Conde²¹⁹⁶ argumenta que o advogado tem a obrigação de defender seu cliente com todos os meios legais a seu alcance e o direito a cobrar seus honorários profissionais por isso.

Ademais, é forçoso contrapor que o advogado não tem o direito de se associar ao comportamento criminoso alheio, seja para mascarar o produto de crimes anteriores, seja para

2195 AMBOS, Kai. Lavagem de dinheiro e direito penal. Ob. cit., p. 102.

2196 MUNÓZ CONDE. Francisco. *Consideraciones em torno al bien jurídico protegido em el delito de blanqueo de capitales*. In: *I Congreso de Prevención y Represión de Blanqueo de Dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 171-172.

se beneficiar do fruto de tais crimes, especialmente quando tem ciência inequívoca de que a remuneração que lhe é ofertada emana da fonte suja. Caso a aceite, e a depender das circunstâncias do caso concreto, estará cometendo o crime de receptação, ou mesmo o crime de branqueamento de capitais.

A jurisprudência internacional, notadamente a brasileira e a norte-americana revelam uma profusão de casos nos quais não se verifica uma autêntica percepção de honorários profissionais, mas sim o recebimento de dinheiro por parte do profissional com o objetivo ou a finalidade de mascarar a origem dos recursos financeiros. Nesse caso, a cifra que mudou de mãos não passará de “honorários fictícios”, e isto tem lugar sempre que o advogado atua como interveniente no fato delitivo, extrapolando os limites de sua função e aderindo ao comportamento criminoso alheio, caso em que tal conduta será inegavelmente punível, à luz da lei penal. Com efeito, não se pode tangenciar a possibilidade de que o advogado esteja atuando como um mero gestor do patrimônio do delinquente, e que sua tarefa seja a de assegurar que o patrimônio criminoso do cliente permaneça fora do alcance de seus legítimos destinatários, sejam eles as vítimas ou o Estado. Precisamente por isso, é necessário que as leis que reprimem o branqueamento de capitais sejam interpretadas em consonância com o bem jurídico tutelado, com o fim de proteção da norma, e também em sintonia com os direitos e garantia fundamentais, de modo a exigir-se, no caso concreto, uma colusão objetivo-subjetiva que revele um significado delitivo, ou uma inclinação reconhecível ao fato, suficientemente robusta para caracterizar como cúmplice, ou como coautor, o advogado que recebe conscientemente honorários maculados.

d) Sentença de 14.01.2005 do Tribunal Constitucional Federal

Na sequência, em 14 de janeiro de 2005 aportou no BVerfG outra reclamação constitucional que versava sobre uma ordem de busca e apreensão cumprida no escritório e na residência de um advogado, ante a presença de indícios de que ele e dois outros advogados teriam tomado parte em crime de branqueamento de capitais, através do recebimento de honorários maculados²¹⁹⁷. O caso foi inicialmente apreciado pelo Tribunal Distrital de Hanover, o qual proferiu uma decisão em 05 de junho de 2003, ordenando a expedição do mandado de busca e apreensão. E depois disso, a mesma Corte emitiu outro decisório em 24

²¹⁹⁷ ALEMANHA. Bundesgerichtshof. Decisões do Tribunal Constitucional Federal. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2005&Seite=100>. Acesso em 14.06.2023.

de setembro de 2003, desacolhendo recurso que pretendia nulificar as provas colhidas em decorrência do aludido mandado de busca, o qual fora cumprido ainda em 19 de junho de 2003. Na ótica do reclamante aquelas decisões teriam violado seus direitos fundamentais previstos no art. 13º, nºs 1 e 2, e no art. 12º, nº 1, ambos da Constituição alemã²¹⁹⁸.

Na origem, o Ministério Público de Hanover instaurou processo contra três advogados que atuaram na defesa de um réu condenado por lenocínio. Segundo o órgão acusador, os três causídicos eram suspeitos de terem cometido alguns delitos, inclusive branqueamento de capitais (StGB, § 261, nº 1, 4, “a”, c/c o § 181^a), isto por terem recebido honorários de €16.507,16 (dezesseis mil, quinhentos e sete euros, e dezesseis cêntimos), entregues pela irmã do cliente acusado de rufianismo. Salientou o Ministério Público que, ainda na audiência realizada em 07 de fevereiro de 2002, o réu teria admitido a existência de €235.000,00 (duzentos e trinta e cinco mil euros) na conta corrente de sua irmã, e ponderável parte desses recursos seriam provenientes de suas atividades criminosas.

Destarte, entendeu o Ministério Público que, tanto os três advogados, quanto o arguido e sua irmã tinham conhecimento seguro sobre a origem criminosa dos ativos financeiros, e por tal motivo também esta última foi inserida no polo passivo da ação penal, especialmente porque em 14 de fevereiro de 2002 efetuou o saque da cifra acima aludida para pagar supostos honorários aos defensores de seu irmão. Ponderou o órgão acusador que, caso fosse revelado perante o juiz da causa onde se encontrava o dinheiro, a pena sugerida em desfavor da irmã do acusado seria sensivelmente reduzida, passando de um ano de prisão, sem liberdade condicional, a apenas 90 (noventa) dias-multa.

Diante desse incentivo, a irmã do acusado revelou o nome do beneficiário do pagamento da cifra que ela havia sacado na semana anterior, razão por que o Tribunal Distrital de Hanover emitiu, em 05 de junho de 2003, um mandado de busca e apreensão a ser cumprido nos escritórios de um dos advogados suspeitos, com o fito de detectar documentos relativos à transferência de dinheiro. No aludido mandado de busca restara grafado que “os arguidos são suspeitos de terem recebido honorários até €16.507,16 (dezesseis mil, quinhentos e sete euros, e dezesseis cêntimos), como advogado de defesa de B, que já foi condenado por proxenetismo e tráfico de seres humanos (StGB, §§181a, 181), através de sua irmã B, que eles sabiam ter origem em crimes cometidos por seu cliente”. Ademais, ao denegar o recurso contra os efeitos da ordem busca, o Tribunal Regional de Hanover acolheu

2198 SCHLOSSER, Von R. A. *Geldwäsche durch Strafverteidiger*. In: *Schosser Aktuell. Informationen aus recht und steuern*, jun. 2005. Disponível em: https://www-raschlosser-com.translate.google/strafrecht/geldwasche-durch-strafverteidiger/?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 16.06.2023.

o argumento ministerial segundo o qual é característico do conceito de suspeita inicial que nem todas as circunstâncias fáticas sejam conhecidas, e que uma conduta imprudente já seria suficiente para ensejar a presença do tipo subjetivo do branqueamento de capitais (StGB, § 261, n° 5)²¹⁹⁹.

Eis o cenário fático que motivou a propositura de reclamação constitucional perante o BVerfG. Assim, invocando as disposições dos arts. 12º e 13º do texto constitucional alemão, o advogado reclamante ponderou que: a) no momento da emissão do mandado de busca e apreensão não havia suspeita concreta de que ele houvesse cometido um crime, pois a informação dada pela irmã de seu cliente apenado não se mostrava suficiente para sedimentar suspeita contra o denunciante; b) havia apenas a vaga possibilidade de que um dos três defensores pudesse ter recebido o dinheiro; c) as evidências sobre um conhecimento seguro da contaminação dos honorários não estariam disponíveis; d) as declarações relevantes da irmã do cliente condenado, na condição de testemunha, também violava o disposto no § 136ª, do StPO, e por isso não poderia ser utilizável; e) o tribunal reclamado deveria ter partido da premissa de que os pagamentos de honorários provinham de fontes de renda lícitas, e também por tal motivo a ordem de busca e apreensão se revelava desproporcional; f) caberia ao tribunal reclamado elucidar primeiro qual dos três advogados teria recebido o numerário entregue pela irmã do cliente condenado.

Noutro giro, a decisão do Tribunal Regional de Hanover tinha positivado que: a) o advogado de defesa não pode aceitar quaisquer adiantamentos em processos relativos a crime de catálogo, nos termos do §261º do StGB; b) naquela fase processual inexistia direito do investigado ser assistido obrigatoriamente por defensor público, razão por que a defesa só seria possível sem a garantia do pagamento de honorários, e ao agir de forma diversa o reclamante teria violado o art. 12 da Constituição.

Adiante, o Ministério da Justiça da Baixa Saxônia emitiu seu parecer em 21 de junho de 2004, invocando inclusive pronunciamento do Ministério Público de Hanover, em 14 de maio de 2004, o qual foi rebatido pelo advogado reclamante em arrazoado de 29 de julho de 2004. E na sequência, o 2º Senado do Tribunal Constitucional não apenas deliberou pela admissibilidade de reclamação constitucional, como ainda julgou-a procedente pelas razões seguintes: a) o art. 13, n° 1 da Constituição alemã garante a inviolabilidade do domicílio, assim entendido como um espaço vital básico para o livre desenvolvimento da personalidade

2199 SCHLEGAL, Stephan. *BVerfG 2 BvR 1975/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Hannover/AG Hannover)*. In: HRR-STRAFRECHT, jan. 2005. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/03/2-bvr-1975-03.pdf>. Acesso em: 16.06.2023.

do indivíduo, razão por que ele tem o direito de ser deixado sozinho em seus aposentos, de modo que a ocorrência de uma ordem de busca interfere severamente com esta esfera fundamentalmente protegida da vida; b) considerando o conflito entre os efeitos intrusivos de uma ordem de busca e os limites constitucionais da proteção à privacidade espacial do indivíduo, o art. 13º, nº 2 da Constituição autoriza o juiz a ordenar a busca, a qual representa um controle preventivo que exige deliberação de uma autoridade independente e imparcial; c) a Constituição admite que os juízes podem proteger melhor e mais seguramente os direitos individuais nos casos concretos em razão de sua independência pessoal e fática e à sua estrita submissão à lei; d) caso a ordem de busca seja cumprida sem prévia oitiva do interessado, a intervenção judicial deve assegurar igualmente que os interesses do investigado sejam levados em consideração, e isso exige ponderação sobre a incidência dos requisitos de intervenção, pois uma ordem de busca judicial não constitui uma mera formalidade; e) a suspeita do cometimento de um crime configura fundamento necessário e suficiente para a aplicação de medidas coercivas em processo penal, mas tal suspeita deve estar amparada em fatos concretos, e não em meras suposições; f) o juiz responsável pela medida preventiva é igualmente responsável pelo controle posterior da suspeita que ensejou a medida intrusiva, o qual impõe um exame criterioso dos requisitos daquela intervenção e uma avaliação abrangente para determinar a adequação da intervenção no caso concreto; g) o § 261, nº 2, 1 do StGB impõe limites ao direito de livre exercício profissional dos advogados, os quais podem ser responsabilizados por branqueamento de capitais, caso aceitem honorários ou adiantamentos de honorários no exercício da defesa criminal, e isto importa em risco ao desempenho profissional eficiente do causídico, conforme precedente do BVerfG, datado de 30 de março de 2004; h) precisamente porque interfere na liberdade de exercício profissional dos advogados que atuam na defesa criminal de seus clientes, o § 261, nº 2, 1 do StGB deve ser interpretado à luz do princípio da proporcionalidade, razão por que sua incidência só se mostra constitucionalmente justificável se, no momento do recebimento ou adiantamento dos honorários, o advogado detém conhecimento seguro de que o dinheiro emana de algum crime do catálogo.

O Tribunal Constitucional pontuou ainda que, tanto o Ministério Público, quanto os tribunais encarregados da aplicação da norma substantiva, podem e devem levar em consideração os riscos à liberdade de exercício profissional do advogado que atua na defesa criminal, notadamente na condição de defensor livremente escolhido. Nessa ordem de ideias, ao examinar o caso para decidir sobre a ocorrência de uma suspeita inicial de branqueamento engendrado por um advogado de defesa criminal, deve o Ministério Público estar atento aos

bens jurídicos constitucionalmente protegidos, eis que a lei penal não pode sancionar condutas socialmente insignificantes. Inobstante a dificuldade para provar fatos internos, ainda assim a suspeita inicial deve encontrar indícios fáticos tangíveis para gerar a suspeita de que o advogado defensor tenha recebido a verba honorária de má-fé.

A Corte salientou ainda que os tribunais criminais são igualmente obrigados a considerar o papel especial dos advogados de defesa na tarefa que lhes é confiada, seja na apuração, seja na avaliação dos fatos, especialmente no que diz respeito aos fatos efetivamente conhecidos pelo advogado de defesa criminal. Por tal razão, a inferência do conhecimento seguro detido pelo advogado deve partir de indicadores externos que exigem especial avaliação judicial das evidências. Também por isso os tribunais são constitucionalmente obrigados a considerar o efeito de transbordamento da liberdade de exercício profissional do advogado criminalista.

Conclusivamente, após examinar as circunstâncias do caso concreto, decidiu o Tribunal Constitucional que: a) as decisões do Tribunal Regional de Hanover não observaram suficientemente os requisitos constitucionais para adotar a medida preventiva levada a cabo em desfavor do advogado reclamante; b) a despeito da referência estereotipada aos “motivos corretos para a decisão impugnada”, tal como assinalado no decisório de 24 de setembro de 2003, o Tribunal Regional de Hanover deixou evidente sua percepção de que a mera conduta imprudente do advogado na percepção da verba honorária já era suficiente para caracterizar o tipo subjetivo do branqueamento, nos moldes do § 261, nº 5 do StGB; c) o Tribunal Regional de Hanover não levou em conta que, nos termos do § 261, n.º 1, do StGB, os advogados que atuam na defesa criminal de um cliente só podem ser penalmente responsabilizados por branqueamento se tiverem conhecimento seguro sobre a origem ilícita do dinheiro, no momento do recebimento de seus honorários; d) a decisão em que o Tribunal Distrital de Hanover ordenou a busca e apreensão em desfavor do advogado reclamante parte de suposição, sem maiores justificativas, que os advogados de defesa tinham conhecimento efetivo de que os honorários emanavam de fonte ilícita, e isso se mostra constitucionalmente censurável; e) embora a apreciação dos fatos, para fins de aplicação das normas infraconstitucionais, seja de competência dos tribunais comuns, tais atividades estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, especialmente para corrigir eventuais excessos do órgão julgador; f) se uma decisão judicial afeta a liberdade profissional de alguém, ela só será coerente se evidenciar que sopesou eventuais efeitos em relação aos direitos fundamentais do investigado, e também por isso se observa falha na decisão recorrida, a qual não considerou suficientemente o impacto gerado contra a liberdade profissional do advogado reclamante.

Consoante a análise crítica de Vivian Schorscer²²⁰⁰, em todos estes casos, o Tribunal levou em conta a desproporcionalidade do valor dos honorários, e o fato da verba honorária ter sido paga em espécie, como evidências de uma configuração de recebimento doloso de honorários maculados. Todavia, não se pode deixar de lembrar as lições de Fonseca de Aguiar, ao tecer considerações críticas à postura de tendencial impunidade desenvolvida pela doutrina germânica, e que tem sido acolhida pela jurisprudência do BVerfG. Com efeito, Fonseca de Aguiar adverte que os receios doutrinários de uma sociedade da desconfiança, da paralisação de interação social, de castração da liberdade geral de ação e das liberdades econômicas são especulações de uma doutrina de cariz histórico que propõe soluções de impunidade qualitativa hiporresponsabilizadora de certos nichos de atividades ou profissões. Agrega ainda que um comportamento intrinsecamente neutro é corresponde não apenas a um conceito inexistente, como também a um autêntico oxímoro.

Aderindo à crítica, mas com certa brandura, Hassemer também compreende que a aferição da pretensa neutralidade das “ações profissionalmente adequadas” não apenas enseja intenso debate sobre os espaços de liberdade na esfera penal, e sobre os respectivos limites ao exercício de tais direitos, mas também sugere que, tanto a clássica teoria da adequação social, quanto a “moderna” teoria da adequação profissional são construções de tendencial impunidade.

Pondere-se, finalmente, e com a devida vênia, que a prevalecer o argumento inicial do Tribunal Constitucional Federal acerca do “*right to be alone*”, tal como reconhecido aos advogados defensores, outros investigados que exerçam ofícios profissionais igualmente sensíveis ao branqueamento (solicitadores, notários, leiloeiros ou contadores, por exemplo) poderão reivindicar tratamento igualmente privilegiado em relação a seus domicílios ou espaços profissionais, para blindá-los diante de eventuais ordens de busca e apreensão. E caso o façam, o Tribunal Constitucional terá apenas duas alternativas: a) aplicar o princípio da isonomia e conferir o mesmo tratamento a todos os profissionais que exercem atividades igualmente sensíveis ao branqueamento; b) negar a mesma garantia conferida aos advogados, e assim ser compelido a reconhecer que tal categoria profissional efetivamente merece um tratamento privilegiado em detrimento de todas as demais. Portanto, qualquer que seja a opção eleita, restará cristalizado perigosíssimo precedente em desfavor do princípio da igualdade e dos interesses coletivos, cuja salvaguarda exige, por vezes, medidas cautelares intrusivas.

2200 SCHORSCER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. In: Revista dos Tribunais v. 863. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007. p. 441.

e) Sentença de 04.07.2006 do Tribunal Constitucional Federal

Outro caso de interesse no âmbito da jurisprudência do BVerfG diz respeito à Sentença de 04 de julho de 2006, emitida pelo Tribunal Constitucional Federal, nos autos da Reclamação Constitucional nº 950/2005, a qual foi proposta por um advogado contra uma ordem judicial de interceptação telefônica de um cliente dele que se encontrava preso, e contra uma ordem de busca e apreensão executada em seu escritório, a partir de uma suspeita de branqueamento de capitais. Entendeu a 3ª Turma do 2º Senado do BVerfG que, tanto a escuta telefônica, quanto a busca e apreensão no escritório, teriam violado não apenas a liberdade de exercício profissional, como também o direito à inviolabilidade de domicílio do reclamante. Pontuou a Corte que somente se justificava a intervenção nos direitos fundamentais do investigado ante a suspeita da prática de uma infração penal, mas as evidências indiciárias deveriam ser explicitadas na decisão judicial de forma tangível, a partir de elementos fornecidos pelo caso concreto sob investigação. Salientou ainda ser preciso que fossem descritas condutas ou outras circunstâncias que, se comprovadas, revelassem as características essenciais da infração penal²²⁰¹.

O caso teve origem em Colônia, onde o advogado reclamante patrocinou a defesa de um cliente que atuava como chefe de uma violenta quadrilha de seguranças e cafetões, e por isso veio a ser condenado a uma pena de nove anos de prisão, por lenocínio e por integrar organização criminosa. Além disso, o advogado reclamante permaneceu representando o cliente durante a execução da pena, razão por que o visitou repetidamente na prisão, além de ter creditado várias prestações de €2.850,00 (dois mil, oitocentos e cinquenta euros) na conta do cliente. Nos anos seguintes, suspeitou-se que o cliente continuasse a realizar exploração sexual de terceiros em vários bordéis, e que ordenasse a distribuição do dinheiro arrecadado. Foi igualmente instaurado um processo preliminar contra o advogado do rufião, por suspeitas de que ele estaria tomando parte no crime de branqueamento, e a pedido do Ministério Público, o Tribunal Distrital de Colônia ordenou busca e apreensão no escritório do advogado, além de interceptação das conversas telefônicas que ele travava com o cliente preso. A Corte distrital entendeu existirem indícios de que o advogado reclamante teria recebido rendimentos ilícitos do cliente, pagos por membros de uma organização criminosa, e que teriam sido

2201 ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Processo 2 BvR 950/05. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/07/rk20060704_2bvr095005.html. Acesso em: 17.06.2023.

alcançados a partir dos crimes de exploração sexual e sonegação fiscal, e por isso autorizou a interceptação telefônica por decisão emitida em 03 de fevereiro de 2005.

Sucedeu que a partir da interceptação telefônica, foram colhidas provas de que o advogado reclamante sabia sobre o fluxo de dinheiro entre seu cliente e os membros da ORCRIM, e também tinha conhecimento seguro de que se tratava de receita não tributada de operações do bordel. Demais disso, restou esclarecido que o advogado teria orientado tais fluxos de caixa por meio de consultas jurídicas. O advogado investigado informara à esposa do cliente que ela tinha que declarar o recebimento de lucros do bordel maiores do que os que foram efetivamente pagos. Além disso, o advogado teria depositado, na conta do cliente, dinheiro recebido de outro membro da ORCRIM, razão por que havia a natural expectativa de que o advogado investigado falasse com seu cliente sobre a origem precisa do dinheiro nas discussões a serem monitoradas. Nesse cenário, o tribunal distrital ordenou, em 30 de março de 2005, a realização de buscas nos escritórios do advogado reclamante, a fim de apurar documentos sobre movimentos de dinheiro e relações comerciais no seio do grupo criminoso liderado pelo cliente preso.

Na sequência, o advogado investigado recorreu contra ambas as decisões, tendo argumentado que: a) foi uma “grande espionagem” inconstitucional, eis que a sala de visitas na prisão deveria ostentar a mesma proteção conferida a escritório profissional do defensor, na medida em que, estando o cliente preso, não poderia se fazer presente ao escritório; b) ambas as decisões seriam ilegais porque os resultados da investigação não teriam confirmado a suspeita de branqueamento de capitais; c) a lavagem de ativos oriundos da evasão fiscal (como crime subjacente) estaria descartada, pois os lucros, cuja distribuição teria sido orientada pelo advogado recorrente não são contrariados pelo fato de terem sido gerados através de infrações penais; d) as infrações fiscais não poderiam ter sido cometidas em relação a lucros que acabassem de ser realizados, pelo menos enquanto não se esgotasse o prazo legal para formalização das declarações anuais de rendimentos; e) ainda que a sonegação fiscal já tivesse sido cometida, o crime de branqueamento só poderia ser cometido em relação à cifra sonegada, e não à integralidade dos lucros ilícitos; f) inexistiria qualquer indicação de que a atividade do advogado estivesse relacionada com esta parte dos lucros, e se a evasão fiscal comercial foi admitida, isto seria inconstitucional ante ao caráter genérico do § 370 do Código Fiscal da Alemanha²²⁰².

2202 ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça. Código Fiscal da Alemanha. Artigo 370º. Evasão fiscal. (1) Será punido com pena de prisão até cinco anos ou multa pecuniária quem: 1. Fornece às autoridades fiscais ou outras autoridades informações incorretas ou incompletas sobre assuntos relevantes para fins fiscais, 2. Deixa de

Sucedeu que o Tribunal Regional de Colônia denegou o recurso, através de decisão prolatada em 09 de maio de 2005. A Corte entendeu estar bem caracterizada a suspeita do crime de branqueamento diante das circunstâncias do caso concreto. Os fundamentos da decisão foram os seguintes: a) o advogado investigado havia recebido renda não tributada de operações de bordel e os perpetradores da evasão fiscal anterior eram membros de uma organização criminosa; b) na medida em que o próprio recorrente era o arguido, a sua posição profissional como advogado não obstava às medidas impugnadas; c) o art. 13 da Constituição não teria sido violado porque a sala de visitas de uma prisão não deve oferecer privacidade.

Contudo, ainda inconformado, o advogado arguido formalizou sua reclamação constitucional argumentando que: a) não havia suspeita de crime e por isso os meios intrusivos de investigação teriam sido desnecessários, além de violadores de seus direitos fundamentais ao livre exercício profissional e à inviolabilidade de domicílio; b) ouvir as conversas do advogado de defesa malferia os arts. 12 e 13 da Constituição, pois a liberdade de comunicação entre o advogado de defesa e o cliente goza de proteção constitucional; c) as falas do advogado de defesa são objeto de proteção especial, independentemente do local da

comunicar à Administração Tributária fatos relevantes para efeitos fiscais quando a isso seja obrigado, ou 3. Deixa de usar selos fiscais ou máquinas de selos fiscais quando obrigados a fazê-lo e, como resultado, subestima impostos ou obtém vantagens fiscais injustificadas para si ou para outra pessoa. (2) A tentativa de perpetração é punível. (3) Em casos particularmente graves, será aplicada pena de prisão de seis meses a dez anos. Em geral, um caso particularmente grave é aquele em que o perpetrador: 1. deliberadamente subestima impostos em grande escala ou obtém vantagens fiscais injustificadas, 2. abusa de sua autoridade ou posição como funcionário público ou funcionário público europeu (seção 11(1) nº 2a do Código Penal), 3. solicita a assistência de um funcionário público ou funcionário público europeu (seção 11(1) número 2a do Código Penal) que abusa de sua autoridade ou cargo, 4. repetidamente subestima impostos ou obtém vantagens fiscais injustificadas usando documentos falsificados ou falsificados, ou 5. como membro de um grupo formado com a finalidade de cometer repetidamente atos de acordo com a subseção (1) acima, subavalia impostos sobre valor agregado ou impostos especiais de consumo ou obtém vantagens injustificadas de IVA ou impostos especiais de consumo. 6. usa uma empresa de país terceiro (conforme definido na seção 138(3)) sobre a qual ele pode direta ou indiretamente exercer controle ou influência decisiva sozinho ou em conjunto com partes relacionadas (conforme definido na seção 1(2) do Ato das Relações Fiscais Externas, sempre que tal utilização tenha por finalidade dissimular fatos relevantes para efeitos fiscais e assim subestimar os seus impostos ou obter benefícios fiscais injustificados de forma continuada. (4) Considera-se que os impostos foram subdeclarados, em particular quando não forem liquidados, na totalidade ou em tempo útil; isto aplica-se também quando o imposto tenha sido liquidado provisoriamente ou sujeito a revisão ou quando uma declaração de imposto autoliquidada seja equiparada a uma liquidação sujeita a revisão. As vantagens fiscais incluirão também os abatimentos fiscais; vantagens fiscais injustificadas serão consideradas derivadas na medida em que forem indevidamente concedidas ou retidas. As condições da primeira e segunda frases anteriores também devem ser preenchidas quando o imposto a que o ato se refere puder ter sido reduzido por outros motivos ou a vantagem fiscal puder ter sido reivindicada por outros motivos. (5) O ato também pode ser praticado em relação a bens cuja importação, exportação ou trânsito seja proibido. (6) As subseções (1) a (5) acima serão aplicadas mesmo quando a lei se referir a direitos de importação ou exportação administrados por outro Estado-membro das Comunidades Europeias, ou ao qual um Estado-membro da Associação Europeia de Livre Comércio ou um país associado tenha direito. O mesmo se aplica quando o ato se refere a impostos sobre valor agregado ou impostos especiais de consumo harmonizados sobre bens designados no Artigo 3(1) da Diretiva 92/12/EEC do Conselho de 25 de fevereiro de 1992 (JO L 76, p. 1) que são administrados por outro Estado-membro das Comunidades Europeias. (7) Independentemente da *lex loci delicti*, as disposições das subseções (1) a (6) acima também se aplicam a atos cometidos fora do território de aplicação deste Código. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/. Acesso em: 17.06.2023.

conversa; d) mesmo preso, o cliente do advogado reclamante ainda estaria amparado pela presunção de inocência, razão por que os diálogos travados entre defensor e cliente na sala de visitas do presídio deveriam ser preservados, pois aquele ambiente se converte em extensão do escritório advocatício; e) uma mera suspeita de branqueamento não constitui motivo suficiente para uma interceptação telefônica; f) para preencher a exigência legal de que a sonegação fiscal seja considerada particularmente grave seria necessário demonstrar que houve subtração tributária de quantias excessivas, sob pena de que o pretense crime subjacente não seja integrante do catálogo do § 261, nº 1 do StGB.

Na sequência, o estado da Renânia do Norte-Westfália foi instado a se pronunciar, mas não emitiu parecer. Além disso, os autos nº 100 Js 287/04, do Ministério Público de Colônia, ficaram à disposição do BverfG. E finalmente, em decisão proferida em 04 de julho de 2006, proclamou o Tribunal Constitucional que: a) a escuta telefônica ou mandado de busca deveria indicar que o juiz de instrução verificou os pressupostos da intervenção de forma autônoma e sob sua responsabilidade, devendo, para tanto, descrever o comportamento geratriz da suspeição do arguido; b) é certo que o relato em caso de suspeita não precisaria ser tão completo quanto a declaração dos fatos em uma acusação formalizada em juízo, ou por ocasião do julgamento da respectiva ação penal, mas deveria descrever comportamentos ou outras circunstâncias que reunissem todas as características essenciais da infração penal; c) uma característica essencial da punibilidade por branqueamento seria a prática de um crime antecedente listado no catálogo do § 261, nº 1, do StGB; d) sendo a evasão fiscal considerada o delito principal, os requisitos de apresentação não estarão satisfeitos se for meramente alegado que a renda não foi tributada, pois isso nem começa a descrever o ato de evasão fiscal, segundo os limites do § 370, nº do Código Fiscal alemão; e) os tributos mais comumente sonegados são impostos sobre vendas, comércio, corporação e sobre a renda, mas nenhum desses incide antes que seja esgotado o prazo legal para o registro da receita pelo contribuinte; f) mesmo o consumo total ou ocultação de toda a renda não corresponderia a uma das infrações penais do § 370 do Código Fiscal; g) o decisório adversado não esclareceu qual teria sido o tributo sonegado; h) atos de evasão fiscal são perpetrados através de declarações falsas ou não conformes, perante o fisco, mas o Tribunal Regional de Colônia não teria apontado que declarações fiscais ou declarações antecipadas foram omitidas ou apresentadas incorretamente, assim como também não indicou quais impostos foram reduzidos como resultado; i) outro pré-requisito para ordens de busca e apreensão e interceptação telefônica seria a formação de uma ORCRIM, razão por que seria necessária uma fundamentação específica para demonstrar a presença de tal requisito, notadamente

porque que a existência de uma condenação anterior se mostraria insuficiente, eis que o crime principal deveria ter sido cometido em época contemporânea ao branqueamento.

Nesse cenário, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que não seria necessário examinar se a conduta do advogado reclamante, tal como descrita nas decisões impugnadas, todas oriundas dos tribunais de Colônia, efetivamente caracterizava o crime de branqueamento de capitais, pois ordens de busca ou de escuta telefônica devem indicar necessariamente os fatos jurídicos sobre os quais se baseia a suspeita. A proporcionalidade só pode ser cabalmente examinada se o juiz designado para rever o ato investigatório intrusivo considerar a infração penal em questão, pois a razoabilidade da interferência também depende da gravidade do crime alegado, para o qual a ameaça de punição é de fundamental importância.

Ao que parece, também nesta sentença de 04 de julho de 2016, o Tribunal Constitucional da Alemanha conferiu uma interpretação excessivamente generosa ao livre exercício profissional e à inviolabilidade de domicílio. Com efeito, os parlatórios de estabelecimentos prisionais definitivamente não são extensões do escritório de qualquer advogado, e mesmo que se admitisse tal despautério, o advogado que foi alvo das interceptações telefônicas também figurava na condição de investigado, razão por que a medida preventiva de escuta fora implementada em desfavor de dois possíveis cúmplices de lavagem de dinheiro, e não sobre um cliente e seu advogado.

Relativamente às dúvidas lançadas em relação à origem dos recursos previamente recebidos de outros membros da ORCRIM que permaneciam em liberdade, e que foram seguidamente depositados pelo advogado na conta do cliente preso, não é exagero assinalar que o Tribunal Constitucional optou por uma avaliação um tanto ingênua, ou recorreu mesmo à cegueira deliberada, pois não se mostra razoável que uma organização criminosa tenha decidido subitamente cessar suas atividades e renunciar a seus lucros espúrios tão somente porque seu líder se encontrava temporariamente encarcerado.

Finalmente, quanto à decisão que ordenou a busca e apreensão, é forçoso ponderar que seria verdadeiramente impossível aos órgãos de persecução penal dimensionar quais os tributos que estariam sendo sonegados, e qual a extensão das cifras em jogo sem antes coletar documentos que permitissem identificar a natureza das operações financeiras, e o montante de recursos envolvidos. Destarte, se isso era uma tarefa virtualmente impossível até mesmo para o Ministério Público, por muito maior razão o BVerfG não poderia ter exigido do Tribunal Distrital de Colônia um “exercício de futurologia”.

Aliás, cumpre revigorar a prudente advertência de Bernardino Gonzaga, consignada ainda no início do capítulo quinto deste trabalho, segundo a qual “o escritório de um advogado, a pretexto de inviolabilidade, não se pode transformar em valhacouto de bandidos, nem em depósito de coisas ilícitas. Se ele, mesmo inadvertidamente, na paixão do seu trabalho, desliza do patrocínio da causa judicial para a ajuda de colaterais interesses do acusado, arrisca-se, pelo menos, a infringir os arts. 348 ou 349 do Código Penal, que definem, respectivamente, os crimes de favorecimento pessoal e de favorecimento real. Conquanto certo que o defensor não deve trair seu cliente, entregando-o à Justiça, verdade é também que não lhe pode fornecer asilo, nem prestar-lhe auxílio material para fugir, ante a iminência da captura, menos ainda ajudá-lo a escapar do presídio onde esteja acaso encerrado”²²⁰³.

f) Sentença de 28.07.2015 do Tribunal Constitucional Federal

O último dos casos selecionados a partir da jurisprudência alemã ensejou a prolação da Sentença de 28 de julho de 2015, emitida pelo Tribunal Constitucional Federal, nos autos das Reclamações Constitucionais nº 2558/2014, nº 2573/2014, e nº 2571/2014. Entendeu a 2ª Turma do 2º Senado do Tribunal Constitucional Federal que os elementos de frustração e de perigo, do § 261, nº 2, 1 do StGB, também devem ser interpretados de acordo com a Constituição no caso de advogados de defesa que recebem honorários maculados. Neste novo julgado, o BVerfG reafirmou que a determinação dos tribunais comuns permanece reservada quanto à forma como a interpretação constitucional deve ser implementada em detalhes, todavia, a Corte desacolheu as presentes reclamações constitucionais acima aludidas porque a alegada violação de direitos fundamentais, dentre os quais o da liberdade profissional, não foram suficientemente fundamentadas. Segundo a sentença em exame, existirá interferência justificada na liberdade de exercício da profissão sempre que, no momento da aceitação da verba honorária, o advogado defensor tiver a certeza da origem ilícita do numerário²²⁰⁴.

O caso teve origem em Würzburg, cidade situada ao norte da Baviera, na região administrativa da Baixa Francônia, onde um empresário foi condenado, em 22 de julho de 2011, ao cumprimento de dez anos e oito meses de prisão, pela prática de 10 (dez) crimes de fraude comercial, 86 (oitenta e seis) delitos de falsificação, e mais 05 (cinco) crimes de evasão

2203 GONZAGA, João Bernardino. Ob. cit., p. 95.

2204 ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Processos nº 2 BvR 2558/14, nº 2 BvR 2571/14, nº 2 BvR 2573/14. Sentença de 28 de julho de 2015. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/07/rk20150728_2bvr255814.html. Acesso em: 17.06.2023.

fiscal, tudo como parte de um esquema Ponzi que gerou prejuízos de €312.000.000,00 (trezentos e doze milhões de euros) em detrimento de investidores e grandes bancos estrangeiros. Em paralelo, o réu teria fundado uma empresa para, através dela, ocultar o fluxo de dinheiro dos atos fraudulentos, e para tanto tal empresa tinha uma conta num banco privado suíço, cujo saldo alcançava, ainda em meados de 2009, aproximadamente €255.000,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil euros).

Desta forma, em 21 de outubro de 2009 foi emitida uma ordem de prisão contra o tal empresário, bem como a apreensão de bens estimados em €177.600.000,00 (cento e setenta e sete milhões e seiscentos mil euros), a fim de garantir o ressarcimento dos investidores lesados. A prisão do réu se deu em 28 de outubro de 2009, e um dos advogados posteriormente acusado de branqueamento já atuava como seu defensor naquela ocasião, sendo a procuração outorgada no dia imediatamente seguinte, razão por que resta claro que o aludido advogado estava perfeitamente ciente sobre o teor da principal acusação criminal.

Ainda em 04 de dezembro de 2009, a esposa do empresário custodiado, mediante prévio ajuste com dois advogados (um dos quais aquele que recebera procuração de seu marido no dia seguinte à data da prisão), solicitou a transferência de €50.000,00 (cinquenta mil euros) para a conta do escritório de advocacia, a título de suposto adiantamento de honorários, para que a dupla de causídicos realizasse a defesa criminal e a assessoria cível da cliente, e seis dias depois o dinheiro foi transferido. A seguir, em 19 de agosto de 2010 os advogados apresentaram ao banco suíço um pedido de pagamento de €51.170,00 (cinquenta e um mil, cento e setenta euros), e para tanto exibiram uma nova fatura de honorários. Sucede que a conta já havia sido bloqueada pelo Ministério Público suíço como resultado de um pedido de assistência jurídica da Alemanha.

Nesse cenário, o Tribunal Distrital de Würzburg proferiu sentença em 25 de setembro de 2012, por força da qual impôs uma pena total de sete meses de prisão em liberdade condicional contra os dois advogados, por um crime de branqueamento de capitais, na modalidade consumada, e outro crime idêntico na modalidade tentada, mas cuja execução foi suspensa pela concessão de livramento condicional. Além disso, cominou-lhes 120 (cento e vinte) dias-multa, arbitrados em valor unitário de €120,00 (cento e vinte euros). E quanto à cliente dos advogados, foi igualmente condenada por branqueamento de capitais, sendo-lhe imposta pena de 90 (noventa) dias-multa, arbitrados em valor unitário de €20,00 (vinte euros). A condenação foi amparada na convicção de que tanto os advogados, quanto a cliente, teriam agido no mínimo com uma intenção condicional em relação à origem do dinheiro ilícito proveniente dos crimes cometidos pelo marido da tal cliente, que já suportava condenação

criminal pelos crimes subjacentes. Inconformados, os réus recorreram ao próprio Tribunal Distrital de Würzburg, mas este manteve a condenação por sentença datada de 03 de fevereiro de 2014, e com isso os réus formalizaram recursos perante o OLG de Bamberg, os quais restaram denegados meritoriamente, através da sentença de 25 de setembro de 2014, nos autos do Processo nº 3 Ss 96/2014.

Diante disso, a dupla de advogados e a esposa do empresário previamente condenado, formalizaram reclamação constitucional junto ao BVerfG, através da qual aduziram que: a) teria ocorrido violação dos seus direitos fundamentais ou direitos equivalentes a direitos fundamentais, nos termos do art. 3º, nº 1, do art. 12º, nº 1, e do art. 103, nº 2, todos da Constituição; b) a proibição de analogia decorrente do art. 103º, nº 2 da Constituição teria sido malferida, em prejuízo de todos os reclamantes; c) a condenação dos advogados violava sua liberdade de exercício profissional, por colocar em causa o direito de explorarem adequadamente o seu desempenho profissional, e tal usurpação se mostrava injustificável porque a norma penal não teria sido interpretada de forma constitucional; d) o efeito de transbordamento da liberdade profissional sobre a violação do § 261, nº 1 do StGB configurava uma conduta socialmente adequada, e portanto, penalmente atípica.

Na sequência, os fundamentos suscitados pelos reclamantes foram rebatidos pelo Ministério da Justiça do estado da Baviera, e pelo Procurador-Geral Federal do BGH, após o que os autos foram remetidos ao BVerfG, o qual pontuou em sua sentença que: a) conforme já sedimentado em sua jurisprudência, o núcleo que o direito à liberdade profissional se destina a tutelar pode ser afetado por regulamentos sem um objetivo predominantemente profissional, caso seus efeitos reais levem a um comprometimento da prática livre de vícios; b) especificamente sobre a previsão criminal de branqueamento na variante do delito de aquisição (StGB, § 261, nº 2, 1) a ameaça de punição normalmente se mostra adequada e necessária para atingir o objetivo a ela destinado, e tem aplicação irrestrita ao grupo-alvo de advogados de defesa, mas a vedação ao excesso seria violada; c) a usurpação da liberdade de exercício profissional do advogado criminal e do instituto da livre escolha de defensor somente restam constitucionalmente justificados quando, no momento do recebimento dos honorários, o advogado criminal detém conhecimento seguro de que o numerário que lhe é ofertado deriva de um dos crimes do catálogo, pois em tal hipótese estará vulnerado o papel do advogado como órgão da administração da justiça; d) o nº 2 do § 261 do StGB pode ser interpretado restritivamente, e isto está de acordo com a Constituição, contudo, a exigência de uma interpretação restritiva incide igualmente sobre os fatos de frustração e de perigo assinalados no § 261, nº 1, 1 do mesmo StGB, os quais se mostraram aplicáveis ao caso, ante

as particularidades segundo as quais teria ocorrido o pagamento dos honorários advocatícios dos advogados reclamantes; e) para que se configure o branqueamento sob a modalidade de ocultação, é pacífico o entendimento de que basta uma “tendência manipuladora” por parte do réu, e por força desta percepção, inexistente necessidade constitucional de maiores restrições para proteger o advogado de defesa criminal que atua de forma profissionalmente honesta; f) no caso de branqueamento sob a forma de violação e ameaça, a “intenção condicional” se mostra suficiente para revelar um comportamento clandestino e uma “tendência manipuladora”; g) inexistente óbice constitucional ao fato de que o fluxo de dinheiro para o advogado de defesa criminal seja avaliado (objetiva e faticamente) como um ataque a uma garantia, entretanto, como a perda de bens por conduta ilícita é fundamentalmente obrigatória, e a apreensão preparatória é a regra, nas hipóteses do § 261, nº 2, 1 do StGB, estará excluída a responsabilidade criminal, pelo menos devido ao risco de confisco ou apreensão de bens contaminados; h) a exemplo do que ocorre com todos os intervenientes em transações comerciais, de obtenção de bens suspeitos com origem em determinados ilícitos antecedentes, a proibição legal afeta particularmente a liberdade de decisão do advogado criminal na aceitação de mandato, ante a natureza da sua atividade profissional, isto porque entre os clientes de um advogado de defesa criminal pode haver pessoas suspeitas da prática do crime de branqueamento e que, portanto, são objeto de investigações preliminares; i) é certo que cabe ao advogado defensor proteger o cliente contra essa suspeita, e no desempenho de tal missão deverá colher junto ao cliente informações necessárias à elaboração da estratégia de defesa, razão por que também deve o advogado examinar criticamente as provas ou indícios incriminadores quanto à sua validade, inclusive para questioná-los em juízo, caso o cliente negue a acusação; j) frequentemente o advogado defensor avalia as evidências de maneira distinta da valoração feita pelos órgãos de investigação ou de persecução penal, mas ainda que as evidências incriminadoras mudem e se intensifiquem durante o avanço da investigação ou do processo, ainda incumbirá ao advogado de defesa levantar possíveis dúvidas sobre a culpa do cliente e abalar supostas certezas, todavia, na medida em que o advogado de defesa obtém maiores informações, tanto sobre os fatos que sejam objeto da incriminação, quanto sobre as circunstâncias de vida do cliente, notadamente sobre as condições financeiras deste, isto naturalmente poderá aumentar o risco de que o próprio advogado de defesa seja considerado suspeito de branquear capitais de origem ilícita; k) antes de aceitar a representação judicial de um pretense cliente acusado de algum dos crimes do catálogo de infrações subjacentes ao branqueamento, cabe ao advogado avaliar o risco que assumirá, e assim decidir se realmente vale a pena assumir o patrocínio daquela causa.

Conclusivamente, deliberou o BVefG que a reclamação de alegada violação ao art. 103º, nº 2, da Constituição era improcedente porque: a) cabe ao legislador, e não o juiz, decidir não apenas sobre a responsabilidade criminal, como ainda em que medida deseja utilizar o direito penal para defender um bem jurídico específico, cuja proteção considera essencial e necessária, e quanto ao ponto, os tribunais são proibidos de corrigir tal decisão do Parlamento; b) a interpretação dos termos utilizados pelo legislador para qualificar as condutas legalmente puníveis não deve importar em nova limitação da responsabilidade penal pelo judiciário; c) *mutatis mutandi*, o comportamento que o legislador pretendeu ser impunível não deve se tornar punível por uma decisão dos tribunais; d) os tribunais não devem contribuir para aumentar as incertezas existentes sobre o âmbito de aplicação de uma norma através de uma interpretação distante ou de um entendimento da norma que já não permite reconhecer contornos claros e, assim, afastar-se ainda mais do objetivo proposto pelo art. 103º, nº 2 da Constituição; e) a estrita reserva estatutária contida no art. 103º, nº 2 da Constituição aumenta a densidade dos controles do tribunal constitucional, razão por que tanto o rompimento dos limites do direito penal, quanto o contorno e especificação de seu conteúdo afetam a decisão sobre a responsabilidade penal e, assim, delimitam as atuações do judiciário e do legislativo; f) contrariamente ao que restou alegado pelos reclamantes, inexistente razão para temer que a vontade do legislador seja falsificada, além do que a ocorrência de um “perigo concreto” não pressupõe uma coincidência temporal entre o ato e o resultado do perigo, sendo suficiente que as investigações estivessem em andamento no momento do crime, como observado no caso em exame. Por tudo isso, é forçoso admitir que a Sentença de 28 de julho de 2015 representou significativo avanço da Corte, seja do dimensionamento do dever de autocontenção dos tribunais, para não invadir a esfera deliberativa do Parlamento, seja para assinalar que incumbe ao advogado defensor avaliar com prudência e parcimônia os riscos que suportará ao assumir a defesa de um cliente acusado de crimes do catálogo do § 261 do StGB, seja para assinalar que os direitos à liberdade profissional e à livre escolha de defensor não são irrestritos, seja finalmente para advertir que nem todas as condutas praticadas pelos advogados no âmbito de uma defesa criminal podem ser reputadas como comportamentos neutros ou socialmente adequados.

7.2.3 Casos na Espanha

No âmbito dos precedentes jurisprudenciais da Espanha, escolhemos três casos reputados de especial relevo, eis que enfrentaram o tema do branqueamento de capitais e da

cegueira deliberada, conjuntamente. São eles: a) STS nº 1459/2009, b) STS nº 130/2009, c) STS nº 1097/2014.

a) Sentença do Tribunal Supremo nº 1459/2009

Segundo noticia a relatora Perello Domenech²²⁰⁵, foi interposto por Don Florian e “*Abdón Bas, López Luengo y Asociados Auditores SL*”, recurso contra sentença prolatada pela 6ª Seção do Contencioso da Câmara Administrativa da Audiência Nacional, datada de 07 de dezembro de 2006. Consoante a relatoria, os fatos reputados como provados e que teriam justificado a aplicação das sanções são aqueles constantes em resolução do Ministério da Economia, datada de 21 de outubro de 2003, consistentes em falhas na execução de uma auditoria contábil, com vícios quanto às obtenção de evidências adequadas e suficientes acerca de: a) pagamentos recebidos pelos administradores do auditado; b) dívida contraída com a entidade “*Obras de Estepona XXI SL*”; c) desconto de certos cheques; d) receitas contábeis de subsídios operacionais; e) saldo da conta de tesouraria.

Aduziu ainda que no referido processo contencioso administrativo, o órgão prolator do decisório recorrido teria acolhido parcialmente o recurso de apelação interposto por Don Florian e da firma de auditoria “*Abdón Bas, López Luengo y Asociados Auditores SL*”, contra a resolução do Ministro da Economia, datada de 21 de outubro de 2004. Segundo a decisão de primeiro grau, proferida pelo Presidente do Instituto de Contabilidade e Auditoria, teria sido imposta à empresa de auditoria uma multa de 3% (três por cento) sobre os honorários faturados pela atividade de auditoria de contas no último exercício encerrado anteriormente à aplicação da sanção, multa esta cujo valor mínimo seria de €3.005,06 (três mil, cinco euros e seis cêntimos), por força do art. 17º, nº 2, da Lei de Auditoria de Contas, e aplicara ao contador Don Florian, multa de €6.010,12 (seis mil e dez euros, e doze cêntimos), bem como teria declarado a incompatibilidade de ambos para o exercício das contas anuais da referida entidade nos três anos seguintes, tudo em decorrência de uma infração funcional grave. Todavia, a Câmara Contenciosa da Audiência Nacional teria reduzido a multa da empresa de contabilidade a apenas €2.000,00 (dois mil euros), e teria convertido em mera repreensão privada a multa outrora aplicada a Don Florian.

Notificadas as partes, a Administração Geral do Estado formalizou recurso em 10 de janeiro de 2006, o que ensejou a remessa dos autos ao Tribunal Supremo. Adiante, em 10 de

2205 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS nº 1459/2007, de 20 de outubro de 2009. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-229124874>. Acesso em: 19.06.2023.

abril de 2007, foram ofertadas as razões recursais, segundo as quais a sentença recorrida teria violado formas essenciais do julgamento por malferimento das normas que regem os atos e garantias processuais. O contador Don Florian, bem como a empresa de auditoria a ele pertencente, rebateram as razões recursais e pugnaram pela manutenção do decisório recorrido. Adiante, observou a relatoria que: a) o único motivo invocado para cassação da sentença adversada seria a pretensa violação ao art. 88, alínea “c” da Lei nº 29/88, de 13 de julho, que regulamenta o contencioso administrativo, bem como disciplina o exercício do contraditório e da tutela jurisdicional efetiva, e que o debate girava exclusivamente em torno da correção ou incorreção da multa imposta; b) a câmara julgadora teria aplicado de forma retroativa a Lei nº 44/2002, de 22 de novembro, e com isso teria indicado que a qualificação de uma infração contábil grave exigiria a comprovação de efeito significativo no resultado da obra, como uma decorrência da violação das normas de auditoria; c) firme nessa convicção a câmara julgadora teria mitigado as sanções anteriores, reduzindo a €2.000,00 (dois mil euros) a multa aplicada à empresa de auditoria, e aplicando apenas uma repreensão privada ao contador Don Florian; d) desde a prolação da STC 20/1982, de 5 de maio, o Tribunal Constitucional da Espanha tem declarado que se houver uma modificação completa dos termos do debate processual, pode haver violação do princípio do contraditório e, portanto, do direito fundamental de defesa; e) segundo a STC 177/1985, de 18 de dezembro, o Tribunal Constitucional assinalou que a inobservância sobre os termos em que as partes formularam as suas pretensões na ação e nos documentos essenciais do processo, configura violação ao princípio do contraditório, e por consequência, lesão ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva; f) o juiz ou tribunal pode se valer do brocardo *iura novit curia*, e assim fundamentar sua decisão nas normas jurídicas aplicáveis ao caso, ainda que não tenham sido invocados pelos litigantes, e por isso pode aceitar ou rejeitar as reivindicações feitas pelas partes em litígio (desde a STC 20/1982, de 5 de maio); g) tal reflexão assume especial relevância no campo da competência do contencioso administrativo, em que é a norma regulamentar própria (LJCA/56, art. 43) que ordena aos tribunais desta jurisdição que se pronunciem “nos limites das pretensões formuladas pelas partes e as alegações deduzidas para fundamentar o recurso e a oposição”; h) embora o juiz do contencioso administrativo ostente certa liberdade para motivar sua decisão, deve suscitar perante as partes pontos que considera relevantes ao deslinde da causa, sob pena de incongruência da sentença; i) ao emprestar efeitos retroativos à Lei nº 44/2002, de 22 de novembro, a Câmara Contenciosa da Audiência Nacional realizou de ofício uma subsunção que alterou substancialmente os limites da causa, e com isso o delito praticado por Don Florian e pela firma de auditoria por ele integrada

passou de grave para leve, e tudo isso sem que a Administração Geral do Estado pudesse se pronunciar previamente; j) houve clara violação ao princípio do contraditório, razão por que a sentença recorrida deveria ser cassada, e assim restabelecidas as sanções pecuniárias que foram originariamente cominadas.

É curioso observar que, embora a violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa normalmente seja suscitada pela defesa de réus condenados, no caso em exame deu-se precisamente o contrário. Com efeito, embora sancionados na via administrativa, Don Florian e a empresa de auditoria contábil desejavam a manutenção da sentença condenatória proferida pela 6ª Seção do Contencioso da Câmara Administrativa da Audiência Nacional, isto porque aquele órgão julgador teria realizado uma manobra hermenêutica de duvidosa idoneidade, ao aplicar as disposições de uma lei nova a fatos pretéritos, em evidente desconsideração do princípio *tempus regit actum*.

Com efeito, a profusão de incorreções contábeis detectadas (v.g., pagamentos recebidos pelos administradores do auditado; dívida contraída com a entidade “*Obras de Estepona XXI SL*”; desconto de certos cheques; receitas contábeis de subsídios operacionais; saldo da conta de tesouraria) justifica a reflexão sobre os motivos que teriam determinado a atuação profissional de um auditor experimentado. Teria ele agido com mera negligência, ou atuara em cegueira deliberada para favorecer a situação contábil da firma contratante que estava sendo submetida ao procedimento de auditoria? Talvez resida, precisamente neste ponto, o verdadeiro motivo pelo qual a firma “*Abdón Bas, López Luengo y Asociados Auditores SL*” teria se resignado ao pagamento de uma multa de €2.000,00 (dois mil euros).

b) Sentença do Tribunal Supremo nº 130/2009

Sobre os fatos que ensejaram a STS nº 130/2009, de 27 de janeiro de 2009, informa Gomez de La Torre²²⁰⁶ que, mediante sentença proferida em 26 de novembro de 2007, a 3ª Seção da Câmara Criminal da Audiência Nacional condenara os réus Ismael, Andrés, José Enrique e Javier, pelo crime de tráfico de estupefacientes. Segundo a narrativa fática, Ismael comercializava cocaína junto a usuários desde novembro de 2001, e se valendo da circunstância de haver trabalhado por vários anos para a empresa Ibéria, como técnico de manutenção elétrica do hangar nº 3 do Aeroporto de Barajas, em Madrid, e tinha conhecimento sobre o funcionamento dos hangares, e contatos com o quadro mecânico,

2206 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS nº 130/2009, de 27 de janeiro de 2009. Disponível em: <https://vlex.es/vid/2-x00aa-ts-53886382>. Acesso em: 19.06.2023.

alguns dos quais ex-colegas de trabalho. Assim, entrou em conluio com dois indivíduos para planejar um esquema de tráfico de cocaína na Espanha, através dos aviões da Ibéria que, após o cumprimento de suas rotas, fossem direcionados ao aludido hangar nº 3.

Com esse propósito, Ismael telefonava aos seus ex-colegas de trabalho para saber dias e horários de chegada de determinados voos para tentar descobrir quais as aeronaves que seguiriam ao hangar nº 3, e ignorando os fins ilícitos de Ismael, os ex-colegas por vezes lhe concederam tais informações. Um dos colaboradores foi Javier, técnico de manutenção da Ibéria no multicitado hangar nº 3, e que sabendo das intenções criminosas de Ismael, forneceu ao comparsa vários “*routings*”, os quais permitiram saber que determinado avião chegaria em Barajas na madrugada de 15 de fevereiro de 2002, oriundo de Caracas, capital da Venezuela, e após o desembarque dos passageiros seria direcionado ao hangar nº 3. Tal informação foi repassada por Ismael e seus cúmplices colombianos para que pudessem introduzir o carregamento de cocaína naquele voo.

Adiante, em 14 de fevereiro de 2002, Ismael recebeu um telefonema da Colômbia a partir do qual foi informado que “o pedido já foi enviado”. Dali em diante, Ismael organizou a estratégia para o recebimento da cocaína em Barajas, contatando outros membros da organização, especificamente os réus Germán, José Enrique e Alexander, que estavam cientes da introdução iminente de cocaína, indicando que deveriam estar preparados para recolher a droga. O bando dispunha do veículo Mitsubishi Montero, pertencente a Ismael, mas, para garantir a cobertura perfeita da transferência, seria necessário o uso de mais outro veículo, razão por que Ismael pediu a um conhecido chamado Juan María, para alugar um veículo para si. Juan María concordou, e aparentemente desconhecia em que finalidade o automóvel seria utilizado. A pessoa de Tomás, que fora acolhido por alguns dias na casa de Ismael, após uma desavença familiar, soube da intenção de seu anfitrião de alugar um carro, e por isso se ofereceu para apresentá-lo a um parente que trabalhava na loja da empresa AVIS situada no Aeroporto, e que teria concedido um desconto significativo na locação.

Assim, em 14 de fevereiro de 2002, por volta das 22:00hs, Juan María e Tomás, acompanhados de Germán, foram ao aeroporto de Barajas no veículo Mitsubishi de propriedade de Ismael, e lá chegando alugaram um automóvel Saab 93, de placas 8092-BRM, por um dia, após o que o trio retornou ao bar *Scream Pub*, de propriedade de Ismael e que servia como ponto do grupo. Lá foi deixado o veículo Saab. Em seguida, durante a madrugada de 15 de fevereiro de 2002, Ismael pediu Tomás que fechasse o *Scream Pub*, eis que ele teria de sair antes do horário de encerramento das atividades do estabelecimento.

Na manhã de 15 de fevereiro de 2002, minutos antes das 6:00hs, Ismael, Germán, José Enrique e Alexander deixaram o *Scream Pub*, sendo os dois primeiros no Saab alugado na noite anterior, e os dois últimos no Mitsubishi pertencente a Ismael. Seguiram todos até a área industrial do aeroporto de Barajas, conhecida como “*muñozal*”. A dupla ocupante do Saab seguiu para o local de estacionamento restrito aos funcionários da Iberia, o qual foi acessado por meio de um cartão AENA, ilicitamente obtido por Ismael. Já a dupla que ocupava o Mitsubishi permaneceu aguardando do lado de fora, mas se conectavam por rádio. Minutos depois o carregamento de cocaína foi recolhido e os dois veículos deixaram o local e seguiram à casa de Ismael, onde a droga foi ocultada num teto duplo do banheiro, e depois disso, Alexander deixou o imóvel por volta das 10:00hs, no Mitsubishi de Ismael.

Sucede que naquele mesmo dia, por volta das 12:00hs, foi cumprido um mandado de busca naquele mesmo imóvel, o qual era equipado com diversos equipamentos de segurança, tais como porta blindada e câmeras duplas de vigilância. No local a droga foi localizada no teto duplo do banheiro, acondicionada em 21 (vinte e um) pacotes, cujo peso individual aproximado era de 1.125 (um mil, cento e vinte e cinco) gramas. Além da apreensão de pouco mais de 22 (vinte e dois) quilos de cocaína, com quase 70% (setenta por cento) de pureza, e valor de mercado estimado em €785.070,00 (setecentos e oitenta e cinco mil, e setenta euros).

Na diligência foram apreendidos: a) €1.675,00 (um mil, seiscentos e setenta e cinco euros em cédulas), e quase €90,00 (noventa euros) em moedas metálicas; b) diversos documentos internos da Ibéria que apontavam as rotas de seus aviões com voos nos dias 13 e 14 de fevereiro de 2002; c) grande quantidade de joias, presumivelmente trocadas por cocaína, ou mesmo adquiridas com os rendimentos daquele tráfico ilícito; d) 02 (dois) transmissores da marca Kenwood, usados pra comunicação entre as duplas de traficantes, no trajeto entre o aeroporto e a casa de Ismael.

Por outro lado, as investigações apuraram que Juan Antonio, Ángel Daniel e Jesús María, todos conhecidos de Ismael, aderiram conscientemente ao tráfico de cocaína realizado naquela madrugada de 15 de fevereiro de 2012. Segundo restou apurado, o primeiro era técnico de manutenção da Ibéria, lotado no hangar nº 13, mas teria faltado ao trabalho por estar supostamente gripado, entre os dias 13 e 15 de fevereiro de 2002. O segundo era supervisor de mecânicos dos hangares da Ibéria, e estava de plantão na noite de 14 para 15 de fevereiro de 2002. O terceiro também era mecânico de aeronaves e teria trabalhado na noite de 13 para 14 de fevereiro de 2002. Não há registros de coautoria por parte de Tomás, hospedado há alguns dias na casa de Ismael por ter discutido com os pais. Restou ainda esclarecido que Ismael fora demitido da Ibéria, ainda em 1999, por problemas decorrentes de

seu vício em cocaína. Montou uma oficina e passou a trabalhar como mecânico, mas a partir de 14 de abril de 2001, não mais ostentou qualquer atividade laborativa lícita conhecida.

Há dois indivíduos não aludidos na sentença deste caso, mas que vinham vendendo habitualmente cocaína a terceiros, obtendo vultosos lucros, e para ocultar sua origem lícita habitualmente convertiam em dólares norte-americanos as pesetas desembolsadas pelos viciados. Tais compras de dólares foram feitas em sucursais madrilenhas da *Maccorp Exact Change S/A*, mas tal empresa efetuou as comunicações legalmente exigidas ao serviço executivo do Banco de Espanha, órgão responsável pelo controle das alterações de câmbio de moedas. Segundo os registros, para não levantar suspeitas, os dois indivíduos formaram uma rede de pessoas que tomaram parte em tais operações, mesmo sabendo que o dinheiro era proveniente do tráfico de drogas.

Assim, entre os anos de 2001 e 2002, o arguido Enrique recebeu Pta\$376.579.560,00 (trezentos e setenta e seis milhões, quinhentos e setenta e nove mil, quinhentos e sessenta pesetas), que foram cambiadas por dólares norte-americanos em 17 (dezessete) ocasiões distintas, durante 2001, bem como recebeu €151.692,00 (cento e cinquenta e um mil, seiscentos e noventa e dois euros), em 20 de fevereiro de 2002, igualmente cambiados por dólares americanos nas agências da *Puerta del Sol* e *Calle Cedaceros*. E após as operações, os dólares eram entregues aos dois indivíduos recrutadores.

Em 05 de fevereiro de 2001, Enrique recebeu de sua irmã Assunção a cifra de Pta\$594.978.612,00 (quinhentos e noventa e quatro milhões, novecentos e setenta e oito mil, seiscentas e doze pesetas), a qual teria sido entregue por um dos traficantes recrutadores. Realizou o câmbio de tal numerário por moeda estadunidense, e em 08 de abril de 2001 foi preso no aeroporto internacional *El Dorado*, na Colômbia, em voo proveniente da Espanha, quando tentava ingressar como US\$260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares americanos), obtidos a partir do tráfico de cocaína.

Atuando de forma similar, e perfeitamente consciente da origem espúria do dinheiro que lhe foi entregue, a arguida Marisol efetuou câmbios de moeda junto à *Maccorp Exact Change*, no cronograma seguinte: a) US\$495.306,00 (quatrocentos e noventa e cinco mil, trezentos e seis dólares) e ITL\$37.500.000,00 (trinta e sete milhões e quinhentas mil liras italianas), entre 27 de agosto e 29 de dezembro de 1999; b) US\$191.379,00 (cento e noventa e um mil, trezentos e setenta e nove dólares), entre 11 de janeiro e 17 de outubro de 2000; c) US\$4.458.192,00 (quatro milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil, cento e noventa e dois dólares), ITL\$148.400.000,00 (cento e quarenta e oito milhões, e quatrocentas mil liras italianas) e £17.900,00 (dezessete mil e novecentas libras esterlinas), entre 03 de janeiro e 30

de dezembro de 2001; d) US\$152.970,00 (cento e cinquenta e dois mil, novecentos e setenta dólares), entre 03 de janeiro e 06 de fevereiro de 2002. Além disso, Marisol entregou a Narciso e Jaime os valores adiante indicados, integralmente oriundos do tráfico de cocaína, para que pudessem ser trocados, e monitorou pessoalmente as operações de câmbio para evitar que sofressem roubos.

Detendo conhecimento seguro sobre a origem do dinheiro, o arguido Narciso realizou as operações seguintes: a) entre 30 de agosto e 21 de dezembro de 2001, converteu em dólares americanos nada menos que Fr\$20.000,00 (vinte mil francos franceses), ITL\$208.600.000,00 (duzentos e oito milhões e seiscentas mil liras italianas) e a cifra equivalente a US\$9.412.269,00 (nove milhões, quatrocentos e doze mil, duzentos e sessenta e nove dólares), em pesetas espanholas; b) entre 4 de janeiro e 16 de fevereiro de 2002, realizou câmbios da ordem de US\$7.985.680,00 (sete milhões, novecentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e oitenta dólares). Narciso foi preso em 21 de fevereiro de 2002 quando se dirigia à casa dos réus Assunção e Jaime, localizada em Madri, após operações de câmbio realizados nas sucursais da *Marcoop*, junto à *Puerta del Sol* e *Calle de Alcalá*, e na ocasião levava consigo US\$547.635,00 (quinhentos e quarenta e sete mil, seiscentos e trinta e cinco dólares), além de €222.660,00 (duzentos e vinte e dois mil, seiscentos e sessenta euros), os quais havia comprado por determinação de Enrique e Jaime.

Quanto à arguida Assunção, que já tinha sido condenada em 08 de outubro de 2000, a cumprir dois anos de prisão, pelo crime de falsificação de moeda, aderiu ao grupo criminoso com plena consciência que realizaria conversões de dinheiro proveniente do tráfico de drogas, havendo tomado parte nas operações seguintes: a) entre 23 de agosto e 28 de dezembro de 1999, adquiriu junto à *Maccorp* US\$660.054,00 (seiscentos e sessenta mil, cinquenta e quatro dólares); b) entre 08 de janeiro e 21 de outubro de 2000, comprou US\$166.190,00 (cento e sessenta e seis mil, cento e noventa dólares). E para não levantar suspeitas, entregou o dinheiro à arguida Amelia para que esta fizesse outros câmbios em prol da organização criminosa.

Amélia, por seu turno, sabendo da origem ilícita do dinheiro, efetuou conversões equivalentes a €24.133.628,76 (vinte e quatro milhões, cento e trinta e três mil, seiscentos e vinte e oito euros e setenta e seis cêntimos), no período de 06 de fevereiro a 11 de novembro de 2001. A acusada Assunção também repassou dinheiro do lucro da venda de cocaína a outra mulher não afetada neste processo, mas que responde por operações de câmbio, entre 28 de outubro de 1999 e 06 de maio de 2000, em valor equivalente a US\$743.374,00 (setecentos e quarenta e três mil, trezentos e setenta e quatro dólares). Finalmente, Assunção e Amélia

foram presas em 11 de setembro de 2001, defronte à sucursal da *Maccorp* localizada junto à *Puerta del Sol*, tendo sido apreendido em poder das mesmas US\$279.250,00 (duzentos e setenta e nove mil, duzentos e cinquenta dólares), além de meio milhão de pesetas.

Frise-se que Aurélio controlava todas estas operações de câmbio, e por telefone informava Enrique e Jaime sobre a situação financeira da ORCRIM, mas na ausência deles, se dirigia ao “*Locutório Helen*”, pertencente aos mesmos, a partir de onde controlava as operações de câmbio realizadas por Assunção e Amelia. Contudo, após a prisão de ambas, Aurélio passou a transitar pela região das sucursais da *Maccorp*, a fim de melhor conhecer os riscos e reportá-los a seus “patrões”. No dia 15 de fevereiro de 2002, por volta das 18:30hs, Aurelio foi ao *Scream Pub*, pertencente a Ismael, a fim de averiguar se o entorpecente enviado em aviões da Ibéria tinha chegado sem complicações.

Outro envolvido no esquema criminoso foi Andrés, advogado atuante que conheceu Ismael em 2000, por força de seu ofício profissional. Além disso, Andrés era usuário eventual de cocaína, substância comercializada por Ismael, e que se tornou seu fornecedor habitual a contar de agosto de 2002. Estabeleceram um vínculo que mesclava relação profissional, fornecimento de cocaína e consumo compartilhado da droga. Andrés era perfeitamente consciente que Ismael vendia drogas e não detinha qualquer ocupação laborativa lícita, mas, apesar disso, o ajudou a inserir vultosas somas de dinheiro no mercado financeiro, embora percebesse a grande possibilidade de que tais valores fossem oriundos dos lucros da traficância ilícita, e que precisavam ser opacificados diante de qualquer investigação criminal.

Nesse cenário, Andrés aconselhou Ismael a constituir uma sociedade anônima, em sociedade com os pais dele, tendo como única gestora a mãe de Ismael. Precisamente por isso, seriam registrados em nome da dita senhora os imóveis, veículos e outros bens que Ismael adquirisse. Da mesma forma, orientou o amigo e fornecedor a comprar o *Pub Scream*, a ser igualmente registrado no nome materno, e passou a orientá-lo sobre o que deveria constar nas faturas, e sobre o fluxo de renda mensal do estabelecimento, tudo para não levantar suspeitas de que se tratava de uma mera empresa de fachada. De modo similar, e a partir das orientações jurídicas de Andrés, o acusado Ismael constituiu a empresa “*Know How Place 2001 SL*”, sediada em Madrid, cujos sócios seriam o próprio Ismael, e seus genitores Eloy e Almudena, sendo esta última a única administradora da empresa, e com a simulação de que Ismael teria adquirido suas quotas societárias por meio de sua própria residência, a qual serviria de sede da aludida empresa de fachada, e que foi adquirida com lucros do tráfico de cocaína.

Com efeito, através de conta corrente do Banco Bilbao Vizcaya, Ismael teria efetuado, entre 27 de fevereiro de 1999 e 26 de julho de 2000, o pagamento do preço do imóvel em 12 (doze) parcelas, quando já não tinha qualquer renda legal e era conhecido como desempregado. Por óbvio que a suposta empresa jamais desenvolveu a mais remota atividade comercial, excetuando-se, claro, as transações relativas ao comércio e tráfico de cocaína.

Constituída a empresa de fachada, e registrada como sede e propriedade da mesma a casa de morada de Ismael, foi possível ocultar a verdadeira origem do dinheiro usado para a compra daquele bem. Além disso, a empresa de fachada foi utilizada para simular lucros que justificariam a compra, em 13 de setembro de 2001, da “*Know How Place 2001 SL*”, junto à “*Pressure Building SL*”, cuja metade do capital social pertencia ao Sr. Corbella, também advogado, e residente numa casa situada em Ibiza, comprada por Pta\$35.807.550,00 (trinta e cinco milhões, oitocentos e sete mil, quinhentos e cinquenta pesetas), 55% (cinquenta e cinco por cento) dos quais teriam sido recebidos Ismael, com dinheiro oriundo da venda de cocaína. Foi igualmente comprado em nome da empresa de fachada de Ismael, o veículo Toyota RAV4, de placas 9101-BND.

Eram registrados em nome de Ismael: a) a empresa “*Pressure Building SL*”, comprada pelo valor de €61.295,00 (sessenta e um mil, duzentos e noventa e cinco euros), pagos em dinheiro vivo; b) o veículo Mitsubishi, comprado em 17 de outubro de 2000, também com lucros do tráfico de cocaína. Por outro lado, figurava em nome da mãe de Ismael, a empresa *Pub Scream*, embora dita senhora jamais tenha desenvolvido qualquer atividade econômica remunerada ao longo de toda sua vida. Precisamente por isso, o advogado Andrés orientou Ismael a registrar sua genitora como autônoma, junto ao imposto de renda, para que assim pudesse ela contabilizar como rendimentos os inexistentes lucros daquele estabelecimento comercial. Na verdade, a Sra. Almudena nunca atuou como administradora da “*Know How Place*”, tampouco como proprietária ou gestora do “*Pub Scream*”, sendo ela uma mera “laranja” de seu criminoso filho.

Aliado a tudo isso, a investigação criminal apurou que Andrés atuou na condição de procurador da “*Know How Place Company*”, constituída sob sua direção e assessoria. O advogado Andrés era igualmente detentor de 50% (cinquenta por cento) das ações da empresa “*Pressure Building SL*”, que supostamente teria vendido dois imóveis em Ibiza para Ismael. Esse era o cenário fático existente na época em que Ismael aguardava, em 15 de fevereiro de 2002, a remessa de aproximadamente 22 (vinte e dois) quilos de cocaína colombiana, e que foram embarcados no voo partido da Venezuela.

Observe-se que Andrés (amigo, advogado e cliente de Ismael) tinha pleno conhecimento dos mínimos detalhes daquela operação de remessa da cocaína, consoante restou evidenciado em conversa telefônica por ele travada com Ismael, ao giro da 19:50hs do dia 14 de fevereiro de 2002, véspera do recebimento da droga no hangar nº 3 da Ibéria. Aliás, Andrés chegou a oferecer sua própria casa para pernoite dos indivíduos que buscariam a cocaína no aeroporto, por volta das 6:00hs da manhã, e ante a intranquilidade de Ismael pela expressiva quantidade de cocaína que receberia, Andrés ponderou que o amigo podia contar com ajuda dele, caso surgisse algum problema, tendo sugerido ainda que poderiam “dividir o bolo, pois cada um come o que pode”.

Com isso, emprestou a Ismael apoio intelectual e emocional, além de pedir que fosse mantido informado sobre os acontecimentos. Por isso, após ocultar os 22 (vinte e dois) quilos de cocaína no teto duplo do banheiro de sua moradia, Ismael ligou para Andrés dizendo-lhe que tudo havia corrido bem, e que estava abrindo um pacote de cocaína em sua homenagem. Naquele mesmo dia 15 de fevereiro de 2002, por volta das 13:00hs, o advogado Andrés foi até a casa de seu amigo, cliente e fornecedor Ismael, e ao avistar a força policial na rua, tratou de se evadir, mas foi perseguido e preso logo em seguida.

Nesse cenário, pelo crime de tráfico de drogas especialmente danosas, foram condenados: a) Ismael, a nove anos e um dia de prisão; b) Germán, a cinco anos de prisão; c) Alexander, a quatro anos e seis meses de prisão; d) José Enrique, a nove anos e um dia de prisão; e) Javier, a nove anos e um dia de prisão. Demais disso, a cada um dos quatro condenados por tráfico de cocaína foi imposta uma multa penal de €785.000,00 (setecentos e oitenta e cinco mil euros). Além disso, foram condenados pelo crime de branqueamento de capitais: a) Marisol, a um ano e dez meses de prisão; b) Jaime, a um ano e dez meses de prisão; c) Assunção, a um ano e dez meses de prisão; d) Amélia, a um ano e dez meses de prisão; e) Aurélio, a um ano e dez meses de prisão; f) Enrique, a um ano e dez meses de prisão. Aos seis apenados pelo crime de lavagem foram impostas multas penais que oscilaram de €10.000.000,00 (dez milhões de euros) a €28.000.000,00 (vinte e oito milhões de euros).

Finalmente, o advogado Andrés foi condenado pelos crimes de favorecimento ao tráfico de cocaína, mas também pelo delito de branqueamento de capitais. O cometimento do tráfico lhe rendeu quatro anos e seis meses de prisão, além de multa penal de €785.000,00 (setecentos e oitenta e cinco mil euros). Já pelo segundo delito, o advogado obteve mais um ano de prisão, além de multa penal de €300.000,00 (trezentos mil euros). Todavia, foram absolvidos os réus Juan Antonio, Ángel Daniel, Jesús María, Tomás y a Juan María.

Intimidados sobre a sentença, os apenados Ismael, Andrés, José Enrique e Javier decidiram dela recorrer. Dentre os motivos invocados pelos defensores dos recorrentes, são de especial interesse para este estudo apenas as razões do réu Andrés, advogado e detentor de conhecimentos especializados que foram decisivos para o branqueamento dos lucros criminosos que Ismael adquiriu com a traficância de cocaína. Argumentou o advogado recorrente que houvera errônea subsunção de sua conduta ao art. 368 do CP espanhol, pois o apoio meramente psíquico seria insuficiente para caracterizar coautoria, mas sim mera cumplicidade, na mais severa das hipóteses.

Todavia, o recurso foi desacolhido pelas razões seguintes: a) segundo precedente jurisprudencial positivado na STS nº 94/2006, de 10 de janeiro, deve ser rejeitada a hipótese de cumplicidade penal, por esta exigir uma participação meramente acessória, não essencial, que tenha sido interpretada em termos de dispensabilidade específica ou relacionada com o processo em causa; b) a cumplicidade se distingue da coautoria pela falta de controle funcional do ato e pela necessária colaboração no carácter secundário da intervenção, sem o que também a ação penal poderia ter sido praticada; c) o art. 368 do CP espanhol, ao penalizar igualmente todas as condutas que sirvam como contribuição causal para a atividade dos agentes em sentido estrito, definiu um conceito amplo de agente, e isso exclui as formas acessórias de participação, de modo que somente em casos muito excepcionais se verifica uma atuação de mera cumplicidade; d) o mero estado de cumplicidade restaria justificado em situações tais como: d.1) a mera indicação do local de venda, ao usuário que deseja adquirir drogas; d.2) a ocultação ocasional e de curta duração de uma pequena quantidade de droga de outrem; d.3) o transporte de drogas do domicílio do traficante para outro sítio; d.4) a simples cessão do domicílio aos autores, por pura amizade, para se encontrarem sem levantar suspeitas; d.5) o trabalho de recepção e descryptografia de mensagens codificadas no decorrer da operação; d.6) o ato de servir como mero acompanhante de outro envolvido no tráfico, com o único objetivo de dar aparência de legalidade à viagem, cujo objetivo era o transporte da substância proibida ao tráfico; d.7) o ato de dirigir o veículo em que outra pessoa transporta a droga.

Especificamente quanto ao preenchimento do tipo subjetivo do crime de branqueamento de ativos, tal como imputado o advogado Andrés, a Corte entendeu que: a) o dito réu admitiu em plenário ter assessorado Ismael na elaboração do arcabouço financeiro que cobriria suas aquisições de bens e as ocultaria por meio de “laranjas”, embora tenha alegado desconhecimento sobre o modo de aquisição da casa de Ismael, e sobre a fonte de origem do dinheiro; b) tal o argumento se mostra inidôneo porque o próprio Andrés reconheceu que

sabia que Ismael se dedicava ao fornecimento regular de cocaína a terceiros, bem como a sua situação de desemprego, razão por que, racionalmente, não se poderia conceber que as vultosas quantias movimentadas por Ismael derivassem de sua pretensa dedicação hipotecária ao reparo de veículos; c) no depoimento de agente da Guarda Civil detentor da matrícula nº 6, o mesmo apresentou detido relatório sobre as provas de que Andrés efetivamente havia orientado Ismael sobre como lavar o dinheiro de origem ilícita, inclusive por meio das falsas faturas do *Pub Scream*; d) todo esse conjunto probatório assinalam que Andrés agiu com conhecimento seguro da origem ilícita dos recursos, e que suas orientações jurídicas tinha o escopo de ocultar os rendimentos irregulares de Ismael, inclusive usando como “laranja” a própria mãe de Ismael; e) o advogado André não adotou qualquer medida acautelatória para que sua participação não favorecesse a prática (ou aumentasse o risco) do crime de Ismael; f) as ações de Andrés não podem ser reputadas como comportamentos neutros, de modo que sua conduta imprudente se revelou indubitosa.

Conclusivamente, o que se observa é que, embora tenha mantido as condenações criminais em desfavor do advogado Andrés, o Tribunal Supremo ainda avaliou de forma um tanto generosa o tipo subjetivo por ele preenchido. Com efeito, considerando que Andrés conhecia Ismael desde 2000, seja por força de seu ofício profissional, seja porque nele tinha um fornecedor de cocaína, seja ainda por saber que desde abril de 2001 o tal amigo ostentava a condição de desempregado. Por outro lado, em interceptação telefônica foi observado que Andrés conhecia os detalhes da operação de traficância iniciada na Venezuela e concluída no aeroporto de Barajas, em Madri, e não apenas os conhecia como se ofereceu para dar apoio logístico aos demais integrantes da quadrilha. Aliado a isso, Andrés não apenas vinha prestando aconselhamento jurídico a Ismael sobre como ocultar seus lucros de origem criminosa, como chegou mesmo a constituir uma sociedade comercial de fachada, na qual tomou parte como sócio detentor de 50% (cinquenta por cento) das ações.

Nesse contexto fático, somente um indivíduo tosco poderia alegar desconhecimento sobre os recursos ilícitos ostentados e movimentados pelo traficante Ismael. Na verdade, Andrés não agiu com conduta imprudente, tampouco atuara em situação de cegueira deliberada. De fato, Andrés mentiu em juízo de forma ostensiva, ao alegar desconhecimento sobre as fontes ilícitas do capital espúrio de Ismael. Sua conduta jamais foi neutra. Muito ao contrário, Andrés agiu como dolo direto, e deveria ter suportado pena mais severa do que aquela cominada ao branqueamento por comportamento imprudente.

c) Sentença do Tribunal Supremo nº 1097/2014

Relativamente aos fatos que deram origem à STS 1097, de 06 de fevereiro de 2014, o relator Martinz Arrieta²²⁰⁷ noticia que, mediante sentença proferida pela 1ª Seção da Audiência Nacional, em desfavor de 17 (dezessete) arguidos (Germán Lazaro, David Eduardo, Enrique Cayetano, Faustino Prudencio, Severino Saturnino, Maximiliano Torcuato, Fermin Máximo, Nieves Edurne, Asunción Ofélia, Covadonga Fidela, Juliana Inmaculada, Celsa Inmaculada, Gemma Delia, Melisa Tamara, Ángela Lorena, Lorenza Olga e Reyes Eva), todos condenados por branqueamento de capitais.

Segundo a relatoria, o 5º Juizado Central de Instrução instaurou o Procedimento Abreviado nº 75/2011, o qual foi concluído e remetido à Audiência Nacional em 20 de março de 2013, e assim procedeu porque restaram provados os seguintes fatos: a) o casal Enrique Cayetano e Vicenta Rosa, ambos colombianos, durante os anos de 2006 a 2008 se empenhava em arrecadar, guardar, embalar e transferir fisicamente para a Colômbia, dinheiro oriundo do comércio de cocaína realizado por diferentes membros de determinada ORCRIM, e no desempenho de tal atividade movimentaram mais de €14.000.000,00 (quatorze milhões de euros); b) para tangenciar os mecanismos de controle aduaneiro, passavam a ferro as notas para que ocupassem o menor espaço possível, após o que eram embrulhadas como papel vegetal preto, inseridas em sacos plásticos selados a vácuo, os quais eram camuflados em fundos falsos de livros, mochilas ou malas; c) nessa atividade tiveram a ajuda de colaboradores que recolhiam, guardavam e contavam o dinheiro, além do que trocavam cédulas de pequeno valor por cédulas de maior valor, tudo de modo a facilitar a evasão de divisas por meio aéreo; d) os auxiliares continuamente envolvidos nestas operações foram Severino Saturnino, Maximiliano Torcuato, Cesareo Teófilo e Beatriz Lourdes, e sempre que necessário atuavam como “correios” as pessoas de Camilo Patrício, Benita Laura e Roman Paulino, além de contarem com a assessoria jurídica do advogado Faustino Prudencio, que entrava em ação para postular a restituição de cifras eventualmente apreendidas; e) a organização criminosa possuía duas sociedades anônimas, apartamentos alugados em Madri e San Bartolomé de Tirajana, veículos automotores, máquinas de contar dinheiro e máquinas e ferramentas para embalagem a vácuo.

2207 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS nº 1097/2014, de 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24a0bb78e44820713e06817eb05555825e>. Acesso em: 21.06.2023.

A relatoria narra ainda que: a) em 07 de junho de 2007, Camilo Patrício e Benita Laura, também colombianos, foram recrutados por Enrique Cayetano e Vicenta Rosa, e em seguida partiram num voo para Colômbia levando €367.500,00 (trezentos e sessenta e sete mil e quinhentos euros), ocultos dentro de um álbum fotográfico, e mais €391.000,00 (trezentos e noventa e um mil euros), em notas de €500,00 (quinhentos euros), dentro de uma valise de mão, entretanto, o dinheiro foi apreendido na alfândega do aeroporto de Barajas, em Madri, antes da decolagem do voo; b) a maior parte daquele numerário pertencia a Heráclio Teodulfo, preso em 13 de julho de 2007, tendo em seu poder não apenas 720 (setecentos e vinte) quilos de cocaína, como também cópia da ata de apreensão das cifras apreendidas em Barajas, em poder de Camilo Patrício e Benita Laura, os quais viriam a ser declarados revéis no respectivo procedimento administrativo, através de despacho do 2º Juizado Central de Instrução, emitido em 24 de outubro de 2018; c) o aludido casal foi processado por branqueamento de capitais, mas conseguiram absolvição em 13 de julho de 2011, por insuficiência de provas, eis que as interceptações telefônicas realizadas durante a investigação foram anuladas; d) em busca de reaver o numerário apreendido no aeroporto de Barajas, Enrique Cayetano e Vicenta Rosa procuraram o auxílio especializado do advogado Faustino Prudêncio, o qual engendrou uma estratégia voltada à restituição do dinheiro, ainda que suportando aplicação de multa; e) perante a autoridade administrativa o aludido advogado argumentou que o dinheiro pertencia a várias migrantes colombianas que exerciam a prostituição na Espanha, e contavam com a ajuda de Camilo Patrício e Benita Laura para transportá-lo à Colômbia, entretanto, o causídico sabia perfeitamente que o dinheiro era fruto do tráfico de drogas; f) o advogado ainda determinou a quantia que cada um reivindicaria como sendo de sua propriedade, e a pessoa a quem a havia entregue; g) devidamente instruídas pelo advogado, onze pessoas se apresentaram perante o órgão regulador do Banco da Espanha em 19 de julho de 2007, em companhia de Vicenta Rosa, e postularam suas restituições individuais, embora fossem sabedoras que o dinheiro pertencia a terceiros e que derivava do tráfico de cocaína oriunda da Colômbia; h) as *doublés* de prostitutas, e os numerários por elas reivindicados podem ser assim resumidos: h.1) Nieves Edurne (€70.000,00); h.2) Asunción Ofelia (€49.500,00); h.3) Covadonga Fidela (€50.000,00); h.4) Juliana Imaculada (€73.000,00); h.5) Celsa Imaculada (€55.000,00); h.6) Vicenta Rosa (€70.000); h.7) Gemma Delia (€50.000,00); h.8) Lorenza Olga (€76.000,00); h.9) Reyes Eva (€65.000,00); h.10) Melisa Tamara (€75.000,00); h.11) Ângela Lorena (€65.000,00); i) as cinco primeiras declararam perante a autoridade administrativa que teriam entregue seus lucros de suposta prostituição a Camilo Patrício, e as demais alegaram ter feito o mesmo junto

a Benita Laura; j) uma vez alcançadas as restituições, Enrique Cayetano e Vicenta Rosa transferiram o dinheiro em duas ocasiões de Las Palmas de Gran Canarias para Madri, sendo a primeira remessa por meio de Cesáreo Teófilo e sua esposa Beatriz Lourdes, em valor não esclarecido, e a segunda remessa por conduto de Cesáreo Teófilo e seu cunhado Román Paulino, os quais foram presos em Barajas no dia 11 de dezembro de 2007, quando retornavam de Las Palmas com €280.000,00 (duzentos e oitenta mil euros), ocultos em fundos falsos de suas mochilas, e na mesma ocasião foram igualmente apreendidas as cifras que os pseudoturistas levavam em suas carteiras de bolso (€2.505,00 euros com Cesáreo Teófilo e €1.120,00 euros com Román Paulino), e que correspondiam às comissões cobradas por ambos para servirem como “correios”); k) após a prisão foi cumprido um mandado de busca na residência de Cesáreo Teófilo e Beatriz Lourdes, e ali foram apreendidos mais €21.000,00 (vinte e um mil euros) que o dito casal guardava a pedido de Enrique Cayetano e Vicenta Rosa, além de duas cadernetas bancárias em nome de Cayetano (uma de *Cajamadrid* e outra de *La Caixa*).

Aduziu mais a relatoria que: a) entre abril de 2006 e maio de 2007, Enrique Cayetano e Vicenta Rosa teriam sido responsáveis pela evasão fiscal de €12.449.948,00 (doze milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil, novecentos e quarenta e oito euros), sendo tal vultosa cifra remetida à Colômbia; b) em sua casa de Madri o dito casal de colombianos armazenava €160.000,00 (cento e sessenta mil euros), em notas de €50,00 (cinquenta euros) e €500,00 (quinhentos euros), além de vários equipamentos e petrechos destinados à embalagem dos maços de dinheiro (uma máquina de contar dinheiro, fita plástica para embrulhar, duas máquinas de embalar a vácuo, um tampão com o anagrama de uma coroa de louro para marcar as cédulas); c) na residência que o casal mantinha em San Bartolomé de Tirajana foram apreendidos mais €97.700,00 (noventa e sete mil e setecentos euros), parte dos quais já embalados a vácuo e distribuídos em 39 (trinta e nove) pacotes, além de outra embaladora a vácuo, sacos e um tampão com a logomarca de uma casa, também para marcar as cédulas; d) para simular rendimentos de atividades lícitas, o dito casal colombiano abriu contas correntes junto ao banco “La Caixa”, contas estas que teriam como titulares suas pessoas individuais, como também as duas sociedades anônimas constituídas como “empresas de fachada” (José Piñeros Rodríguez SL e D’Alesgadu SL); e) por meio de tais contas tencionavam justificar rendimentos pessoais mensais de €1.200,00 (um mil e duzentos euros), durante os exercícios de 2006 e 2007, contudo, tais empresas não desempenhavam qualquer atividade comercial legítima, e o dinheiro movimentado em suas contas era integralmente oriundo do tráfico de drogas; f) o casal possuía dois automóveis (um Renault Megane e uma Land Rover); g) a

residência do dito casal colombiano em San Bartolomé de Tirajana foi habitada por Maximiliano Torcuato, durante o mês de dezembro de 2007, havendo ele ajudado nas tarefas de passar a ferro e empacotar o dinheiro de fonte espúria, bem como servido como motorista, tendo sido inclusive encarregado de buscar Cesáreo Teófilo e Román Paulino no aeroporto de Las Palmas, levá-los a seu alojamento, e depois conduzi-los de volta ao aeroporto após terem recolhido o dinheiro que posteriormente foi apreendido com a dupla em Barajas; h) Severino Saturnino colaborou com o irmão em tarefas auxiliares relacionadas à troca de cédulas por outras de maior valor, bem como na guarda e preparação dos fardos, e no subsequente transporte dos mesmos, mas também foi preso em Las Palmas, tendo consigo €103.500,00 (cento e três mil e quinhentos euros), tudo em cédulas de €500,00 (quinhentos euros).

Relativamente à pessoa de Germán Lázaro, as investigações não coletaram suficientes evidências de que teria atuado como líder da estrutura criminosa que se valia do esquema de branqueamento de dinheiro capitaneado por Enrique Cayetano e Vicenta Rosa, contudo, entre 2005 e 2007, Germán obteve lucros estimados em €1.034.104,00 (um milhão, trinta e quatro mil, cento e quatro euros), tudo proveniente do tráfico de cocaína, e que foram introduziu no sistema financeiro e comercial espanhol, naturalmente para apagar os vestígios de sua origem espúria. Precisamente por isso, Germán constituiu diversas empresas para justificar a posse de suas vultosas cifras, além do que abriu contas bancárias, investiu em imóveis, adquiriu um salão de beleza, e comprou bens móveis.

O branqueamento por meio das “empresas de fachada” pode ser assim resumido: a) na “*GP Producciones Discográficas Latinoamericanas SL*” tanto Germán, quanto Camilo Patrício figuravam como funcionários e auferiam supostos rendimentos mensais de €2.500,00 (dois mil e quinhentos euros); b) a “*Granero Bar Grill y Ribs LS*” operava como se fosse um restaurante, era situada em Fuenlabrada, e era pretensamente dirigida por seu cunhado David Eduardo, mas contabilmente tal negócio sempre foi deficitário; c) a “*Mercado y Licores SL*” jamais exerceu atividade comercial efetiva, e formalmente era composta por Germán e sua irmã Benita Laura, mas a sociedade teria sido desfeita no início de 2007.

As investigações apontaram ainda que: a) Germán investiu parte do dinheiro do tráfico de drogas em quatro imóveis, mas só figurava como proprietário legal de um deles, pois os demais eram registrados em nome de “laranjas”, e para esse efeito, um dos imóveis foi adquirido em nome de uma das empresas de fachada, ao passo que as demais aquisições foram celebradas por meio de contratos particulares, por força dos quais a lavratura das respectivas escrituras públicas ficava postergada para momento posterior, sem especificação de prazo; b) Germán detinha a posse efetiva dos quatro imóveis e era responsável pelas

despesas ordinárias deles decorrentes; c) as aquisições imobiliárias podem ser assim resumidas: c.1) apartamento em Somosaguas, comprado em 09 de agosto de 2006, por €540.000,00 (quinhentos e quarenta mil euros); c.2) casa em Madri, para servir como sede da “GP Producciones”, adquirida em 14 de outubro de 2005, por €75.000,00 (setenta e cinco mil euros); c.3) casa em Guadalajara, adquirida em 19 de fevereiro de 2004, por €180.000,00 (cento e oitenta mil euros); c.4) casa em Collado Villalba, adquirida em setembro de 2006, por €230.000,00 (duzentos e trinta mil euros); d) tais aquisições imobiliárias foram realizadas com o auxílio de Fermín Máximo, que se dedicava à intermediação no mercado financeiro, e a partir de seus conhecimentos especializados, orientou o adquirente sobre como deveria instrumentalizar os investimentos para ocultar a propriedade dos imóveis do Collado Villalba e de Guadalajara, seja usando como “testas de ferro” os proprietários já registrados, seja mediante a sub-rogação dos respectivos empréstimos hipotecários; e) graças às orientações de Fermín Máximo, o traficante Germán pôde utilizar as notas promissórias que detinha e que eram assinadas por terceiros, ou por ele próprio, mas que não tinham lastro em qualquer relação comercial legítima; f) Germán apresentou as notas promissórias para desconto junto aos bancos em que havia aberto contas, para que servissem de garantia em financiamentos de curto prazo, mas especialmente para poder inserir formalmente no circuito financeiro o dinheiro oriundo do narcotráfico; g) por meio das notas promissórias apresentadas nas casas bancárias em 30 de novembro e 14 de dezembro de 2006, Germán conseguiu introduzir no mercado nada menos que €184.604,08 (cento e oitenta e quatro mil, seiscentos e quatro euros e oito cêntimos), os quais eram fruto do narcotráfico; h) idêntica estratégia foi empregada por meio de David Eduardo, cunhado de Germán, o qual apresentou notas promissórias como garantias junto ao Banesto, operando um branqueamento de €71.000,00 (setenta e um mil euros), e recebendo como recompensa um veículo Porsche, com valor estimado de €47.000,00 (quarenta e sete mil euros); i) quando foi preso, em 28 de setembro de 2008, Germán tinha consigo €1.279,54 (um mil, duzentos e setenta e nove euros e cinquenta e quatro cêntimos), mas guardava em casa mais €10.340,00 (dez mil, trezentos e quarenta euros), além de US\$730,00 (setecentos e trinta dólares); j) numa conta aberta no *Santander Central Hispano*, em nome de Olegario Rosendo, falsa identidade utilizada pelo traficante Germán, o mesmo teria recebido ainda um depósito de €860.000,00 (oitocentos e sessenta mil euros); k) segundo as investigações, alguns dos parceiros de Germán no narcotráfico seriam: k.1) Jeronimo Gregório (foragido na época da sentença ora examinada), k.2) Maurício Ruben (seu parente, e que foi preso em 25 de outubro de 2007, por tráfico de 234 quilos de cocaína); k.3) Narciso

Nazário (preso em Guadalajara em 07 de setembro de 2007 com uma carga de 110 quilos de cocaína); k.4) Severiano Narciso (preso em 31 de agosto de 2009 por tráfico de drogas).

A partir desse cenário fático, o Tribunal de Instância impôs as condenações seguintes: a) Enrique Cayetano foi condenado a quatro anos e dez meses de prisão, por crime de branqueamento de capitais, além de suportar multa de €3.000.000,00 (três milhões de euros); b) Vicenta Rosa foi apenada com quatro anos e dez meses de prisão, pelo crime de branqueamento, além de suportar multa de €550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil euros); c) Severino Saturnino foi sancionado com quatro anos, sete meses e um dia de prisão, por crime de branqueamento de capitais, além de suportar multa de €400.000,00 (quatrocentos mil euros); d) Maximiliano Torcuato foi apenado com quatro anos, sete meses e um dia de prisão, por crime de branqueamento de capitais, além de suportar multa de €600.000,00 (seiscentos mil euros); e) Germán Lázaro foi condenado a quatro anos e seis meses de prisão, pelo crime de branqueamento, além de suportar multa de €3.000.000,00 (três milhões de euros); f) David Eduardo foi apenado com três anos, três meses e um dia de prisão, por crime de branqueamento, além de suportar multa de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros); g) Fermín Máximo foi condenado a cumprir três anos, três meses e um dia de prisão, por crime de branqueamento, além de suportar multa de €500.000,00 (quinhentos mil euros); h) Cesáreo Teófilo, Beatriz Lourdes e Román Paulino foram condenados a dois anos de prisão e multa de €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros), por crime de branqueamento; i) o advogado Faustino Prudêncio foi condenado a três anos, três meses e um dia de prisão, por crime de branqueamento, além de suportar multa de €1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil euros); j) as falsas prostitutas Nieves Eburne, Asunción Ofélia, Covadonga Fidela, Juliana Imaculada, Celsa Imaculada, Gemma Delia, Melisa Tamara, Ângela Lorena, Lorenza Olga e Reyes Eva foram todas condenadas a três anos, três meses e um dia de prisão, pelo crime de branqueamento, sendo-lhes aplicadas ainda multas que oscilaram entre €100.000,00 (cem mil euros) e €160.000,00 (cento e sessenta mil euros).

Curiosamente, e por insuficiência de provas, foram absolvidos das acusações de branqueamento, os arguidos Camilo Patrício, Petra Dolores, Benita Laura, Encarnación Yolanda, Fermín Máximo, Avelino Javier, Cornélio Casiano e Maurício Ruben. Por outro lado, o Tribunal de Instância determinou o confisco: a) dos quatro imóveis adquiridos por Germán Lázaro, b) de todas as cifras apreendidas em poder de todos os arguidos que restaram condenados; c) de €758.500,00 (setecentos e cinquenta e oito mil, e quinhentos euros), que foram apreendidos em poder de Camilo Patrício e Petra Dolores, no aeroporto de Barajas, em 07 de junho de 2007, e que permaneciam sob custódio do Banco da Espanha; d) dos saldos

das contas abertas em nome dos réus e das empresas “*GP Producciones Discográficas Latino Americanas SL*”, “*Granero Bar Grill & Ribs SL*”, “*Mercado & Licores SL*”, “*José Piñeros Rodríguez SL*” e “*Dalesgadu SL*”; e) dos veículos apreendidos em poder dos arguidos Enrique Cayetano (Land Rover), Vicenta Rosa (Reanult Megane) e Fermín Máximo (Porsche).

Intimidados sobre o conteúdo da sentença, contra ela recorreram os arguidos Germán Lázaro, David Eduardo, Enrique Cayetano, Faustino Prudêncio, Severino Saturnino, Maximiliano Torcuato, Fermín Máximo, Nieves Edurne, Asunción Ofelia, Covadonga Fidela, Juliana Imaculada, Celsa Imaculada, Gemma Delia, Melisa Tamara, Angela Lorena, Lorenza Olga e Reyes Eva. Todavia, para o objeto do presente estudo, as atenções devem ser focadas tão somente nas razões recursais do advogado Faustino Prudêncio, e de Fermín Máximo, corretor do mercado financeiro que prestou assessoramento técnico ao traficante Germán Lázaro, não apenas nas aquisições dos quatro imóveis, como também em relação aos empréstimos bancários por ele contraídos a partir de notas promissórias frias.

Em seu recurso, o advogado Faustino Prudêncio alegou: a) violação aos arts. 18, nº 3, 24, nºs 1 e 2, 25, nº 1, todos da Constituição; b) violação dos arts. 301, §§1º e 2º, 28 e 21, nº 6, todos do CP espanhol. Já o corretor financeiro Fermín Máximo sustentou que a condenação contra ele teria vulnerado os arts. 18, nº 3, e 24, nº 2, ambos da Constituição, bem como os arts. 21, nº 6, e 301, §§1º e 2º do CP espanhol.

A propósito do recurso do advogado Faustino Prudêncio, o Tribunal Supremo ponderou que, no âmbito das sentenças criminais, a motivação deve ocorrer no plano fático, no plano jurídico e no plano decisional, versando este último sobre as consequências da participação individual no fato delitivo objeto do julgamento. Acerca desse ponto, entendeu a Corte ser consistente e adequada a fundamentação da sentença impugnada, seja pela correta subsunção realizada a partir de fatos devidamente provados, seja por permitir ao condenado a exata compreensão das condutas ilícitas que justificaram sua pena, seja por propiciar eventual impugnação do arguido perante a instância superior, e por tais motivos não merecia acolhida o argumento da violação do princípio da presunção de inocência. E quanto ao mérito da condenação, o Tribunal Supremo esclareceu que a pena imposta àquele recorrente estava plenamente justificada por sua conduta de traçar uma estratégia jurídica para recuperar os mais de €750.000,00 (setecentos e cinquenta mil euros) que haviam sido apreendidos na alfândega do aeroporto de Barajas, em poder de dois passageiros que pretendiam viajar com destino à Colômbia, e que tal cifra seria proveniente do narcotráfico. Ponderou-se ainda que a estratégia elaborada sugeria que o numerário apreendido era derivado de mera prostituição,

mas também teria consistido no repasse de orientações jurídicas a diversas mulheres para que mentissem perante a autoridade do Banco da Espanha, tudo com vistas a resgatar o dinheiro de origem espúria. Por outro lado, a orientação jurídica deveria ser seguida por terceiros, distintos dos indivíduos com quem o dinheiro fora apreendido pelos agentes alfandegários.

A Corte aduziu mais que: a) a justificativa apresentada pelo advogado sobre a proveniência do dinheiro era deliberadamente confusa; b) o advogado não adotou as cautelas profissionais necessárias daqueles que conhecem os riscos de atuar sobre bens de procedência duvidosa, especialmente no tráfico de drogas; c) os indivíduos que contrataram o advogado não eram residentes na Espanha; d) o objeto dos serviços advocatícios versava sobre uma cifra apreendida pela alfândega de Barajas, em situação de evidente ilegalidade, por violação das normas de controle cambial; e) a invenção de uma trama para encobrir a verdadeira origem do dinheiro revela que, na mais branda das hipóteses, o advogado teria agido com dolo eventual, especialmente porque já conhecia os contratantes colombianos, os quais reportaram a apreensão do dinheiro por via telefônica e teriam aludido genericamente que o dinheiro viera de uma construtora, e sem maiores questionamentos tal “justificativa” fora aceita pelo causídico; f) ainda durante o contato telefônico com os contratantes, o advogado advertiu que a elaboração de uma estratégia para resgate da cifra apreendida lhes custaria dinheiro; g) segundo a jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal Supremo, o autor que decide praticar a ação, apesar de perceber suspeitas consistentes da origem ilícita do dinheiro, efetivamente preenche o elemento objetivo do tipo penal do branqueamento, e naturalmente por isso não pode invocar erro ou desconhecimento relevante para afastar o dolo de sua conduta; g) conforme precedente cristalizado na STS nº 16/2009, de 27 de janeiro, especificamente quanto a atuação dos advogados, inexistente dúvida sobre a caracterização criminal da conduta de causídicos que aconselham terceiros sobre a ocultação de bens de origem criminosa, ou que estejam envolvidos em atividades de branqueamento, ou mesmo que sabem que o cliente procura aconselhamento para tais fins; h) para um potencial infrator o crime de lavagem de dinheiro se justifica a partir da possibilidade de instrumentalização *ex post* da intervenção do advogado como um incentivo à prática do crime anterior, na medida em que reduz a capacidade dissuasiva da pena cominada ao crime; i) ocorrerá o crime de branqueamento quando a prestação dos serviços do advogado gerar objetivamente um efeito de ocultação e, por conseguinte, a consolidação do produto do crime.

Relativamente às razões recursais do corretor financeiro que orientou o narcotraficante Germán Lázaro, o Tribunal Supremo pontuou que: a) a alegada violação do direito fundamental à presunção de inocência era falacioso, pois não cabia à Corte fazer uma nova

avaliação das provas já valoradas pelo tribunal de primeira instância, pois é a ele que cabe tal função (STS nº 508/2007, STS nº 609/2007, dentre outras tantas), ainda que a instância superior possa examinar a estrutura racional da sentença, para nela aferir a eventual presença de regras da lógica, princípios de experiência e conhecimento científico (STS nº 888/2006, STS nº 898/2006); b) restou devidamente provado por interceptação telefônica qual seria o significado das notas promissórias utilizadas pelo cliente, não sendo possível extrair qualquer outra explicação lógica a partir da expressão que “o dinheiro vai ser colocado no banheiro”; c) se valendo de seus conhecimentos especiais, o corretor Fermín Máximo orientou o traficante Germán sobre a forma como deveria instrumentalizar as aquisições imobiliárias, sobre a forma como deveria efetuar os pagamentos aos vendedores, e sobre como proceder diante das dívidas hipotecárias pendentes sobre tais bens; d) em outro diálogo Fermín evidenciou sua postura dolosa ao advertir seu cliente de que o chalé seria dele “perante os tribunais”, em clara alusão ao uso de “testas de ferro” que pagaram as prestações da hipoteca com dinheiro fornecido por Germán; e) em pagamento por tais serviços especializados, há prova inconteste de que o corretor imobiliário foi recompensado com um veículo de alto padrão.

Conclusivamente, o que se observa de forma clara é que ambos os profissionais (advogado e corretor financeiro), se utilizaram de seus conhecimentos especializados para: a) orientar clientes e terceiros a mentirem perante autoridades administrativas, b) engendrar uma estratégia fraudulenta segundo a qual o dinheiro apreendido seria proveniente de meros atos de prostituição, mas nunca de narcotráfico internacional; c) orientar terceiras pessoas a representarem um papel (como se fossem atrizes), perante o órgão regulador competente, e com o deliberado propósito de resgatar o dinheiro espúrio apreendido em Barajas; d) orientar o cliente a emitir notas promissórias frias, para serem utilizadas como garantias em operações de empréstimos desnecessários; e) instruir o cliente a usar os próprios vendedores dos imóveis como “testas de ferro” involuntários; f) conceber instrumentos contratuais ilegítimos, para que “empresas de fachada” pudessem figurar como se fossem adquirentes autênticos em transações imobiliárias.

Definitivamente nada disso configura conduta neutra, mas ao contrário, são posturas fraudulentas e penalmente puníveis, que se tornaram tanto mais lesivas na medida em que foram concebidas para superar as cautelas de terceiros, que estavam agindo de boa-fé, e só poderiam se valer das máximas da experiência, e da prudência necessária típica do homem médio. Com efeito, tais escudos legítimos têm pouca ou nenhuma valia quando a “espada do conhecimento especializado” é empunhada com o propósito firme e resolutivo de servir ao

crime, em troca de remuneração generosa, sempre sob a invocação do mantra de que *“pecunia non olet”*.

7.2.4 Casos em Portugal

No âmbito da jurisprudência portuguesa, foram selecionados 07 (sete) arestos, todos relacionados ao crime de branqueamento de capitais, mas que assinalam também como delitos subjacentes, a corrupção passiva de agentes públicos (alguns de elevadíssimo estatuto social), a fraude fiscal, e a burla tributária. Além disso, o traço comum entre os julgados que adiante serão examinados é a atuação de profissionais detentores de conhecimentos especiais e que integram segmentos não-financeiros sensíveis ao branqueamento (tais como contadores e advogados). É possível extrair com clareza, a partir de casos que versam sobre mandados de busca e apreensão em desfavor de advogados, que têm sido frequentes algumas estratégias, tais como: a) simular que o local da diligência de busca abriga um escritório advocatício; b) invocar o sigilo profissional do advogado, como uma espécie de blindagem voltada a impedir, ou pelo menos, dificultar sobremaneira a colheita de evidências probatórias de que os causídicos que decidem atuar à margem da lei estão a cometer ou favorecer crimes de branqueamento; c) tentar nulificar a todo custo as provas de materialidade dos atos de branqueamento, a partir de fundamentos estritamente procedimentais.

Aliás, especificamente quanto à questão dos mandados de busca e apreensão emitidos em desfavor dos entes coletivos, Teresa Quintela de Brito lança a reflexão se fora dos casos previstos no art. 177º, nºs 5 e 6, do CPP português (busca em escritórios de advogado, consultório médico ou estabelecimento oficial de saúde), a busca à sede e a instalações reservadas ou não livremente acessíveis ao público do ente coletivo poderia ser ordenada ou validada por despacho da autoridade judiciária competente, incluindo o Ministério Público no inquérito, e ainda se poderia ser realizada a qualquer hora do dia ou da noite. E logo em seguida, invocando as lições de Paulo Pinto de Albuquerque, responde que nesse caso haveria proibição probatória, por violação do domicílio da pessoa coletiva, tal como já reconhecido pelo TEDH. Aduz mais que, sob o prisma de Maria João Antunes, existiria violação à privacidade da pessoa coletiva, ainda que esta não detenha certas “dimensões nucleares da intimidade privada, que pressupõe a personalidade física”. Acrescenta ainda que Adérito Teixeira “defende a criação de um regime legal específico de busca à sede e as instalações dos entes colectivos, com requisitos próprios ajustados à natureza destes, como sucede relativamente a bancos e a estabelecimentos de saúde. Por fim, adverte que, sobre o eventual

consentimento quanto ao cumprimento do respectivo mandado de busca, este é de competência exclusiva do representante legal da pessoa coletiva, posto que tal consentimento deverá ser prestado pelo visado pela diligência, e não por quem tiver a disponibilidade sobre o local²²⁰⁸.

Não raro, alguns tribunais têm adotado postura um tanto generosa diante de tais estratégias, conforme será visto adiante, entretanto, a reiteração de casos de branqueamento envolvendo contadores e advogados tem servido para demonstrar que: a) as variadas teorias que versam sobre as ações ditas neutras (e são de tendencial impunidade) precisam ser revistas com maior apuro; b) não existem condutas neutras de *per se*; c) não se pode conferir blindagem de responsabilidade penal aos membros de qualquer categoria profissional, sob pena de que os regimes de prevenção e repressão ao branqueamento se mostrem absolutamente ineficazes.

Por tudo isso, serão examinados os casos seguintes, dispostos em ordem cronológica: a) Acórdão TRL nº 2010/156/00.2IDBRG.S1 (15 de abril de 2010); b) Acórdão TRP nº 2013/127/06.5IDBRG.P1 (21 de março de 2013); c) Acórdão TRL nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9 (23 de maio de 2013); d) Acórdão TRL nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1-3 (04 de julho de 2016); e) Acórdão TRL nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3 (24 de novembro de 2021); f) Acórdão TRL nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5 (31 de maio de 2022); g) Acórdão STJ nº 2023/333.14.9TELSB.L1-3 (15 de maio de 2023).

a) Acórdão TRL nº 2010/156/00.2IDBRG.S1

Sobre os fatos que ensejaram o acórdão TRL nº 2010/56.06.2TELSB.B.L1.9, de 15 de abril de 2010, a relatora Fátima Mata-Mouros²²⁰⁹ assinala que, a pedido do Ministério Público, foi cumprido mandado de buscas e apreensão num escritório onde funcionava uma sociedade de advogados na qual um de seus integrantes exercera a representação jurídica de clientes envolvidos: a) na celebração de contratos para aquisição de dois submarinos, pactuadas entre Portugal e o consórcio “L”; b) na celebração de um contrato de financiamento, firmado entre Portugal e certo consórcio bancário. O pedido ministerial de

2208 BRITO, Teresa Quintela de. Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português. In: PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; CARDOSO, Rui; MOURA, Sónia (org.). Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021. p. 486-488.

2209 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Ac. TRL nº 2010/56.06.2TELSB.B.L1.9.0D, de 15 de abril de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2010:56.06.2TELSB.B.L1.9.0D/>. Acesso em: 23.06.2023.

busca foi ainda motivado na circunstância de que as orientações jurídicas prestada pelo causídico investigado podem ter servido para construir esquemas de favorecimento dos consórcios contratantes, e para mascaramento de vantagens ilícitas obtidas pelos clientes que atuaram como intervenientes diretos do Estado lusitano, tanto nas ditas negociações, como também nos subsequentes contratos.

Segundo o MP, a ordem de busca era justificável ante a presença de indícios dos crimes de corrupção (CP, arts. 372º e 374º), participação econômica em negócio (CP, art. 377º), e branqueamento de capitais (CP, art. 368º-A). Nesse cenário, o advogado que foi alvo da ordem de busca já tinha sido constituído como arguido. Sucede que, uma vez realizadas as referidas buscas nas instalações da aludida sociedade advocatícia, foram colhidas evidências de que outro causídico, até então desconhecido nos autos, também havia patrocinado juridicamente os representantes de Portugal que tomaram parte nas negociações e na celebração dos contratos acima indicados. Por tal motivo, ainda no princípio de outubro de 2009, esse segundo advogado foi igualmente constituído arguido.

Inconformado, o segundo investigado suscitou a nulidade da diligência, naturalmente para que restassem igualmente neutralizadas as provas ali colhidas. Entretanto, nos autos do Inquérito nº 56/06.2TELSB-B.L1, que teve curso pelo do Tribunal Central de Instrução Criminal, foi rejeitada a arguição de nulidade, em 03 de novembro de 2009, isto porque aquele órgão julgador entendeu que: a) nos casos em que é possível notificar a pessoa sobre a qual pesa suspeita fundada da prática de crime, a mesma pode ser constituída arguida, sem que no ato de constituição lhe sejam comunicados os fatos que lhe são imputados, nem os meios de prova que emprestam lastro a tais suspeitas; b) a lei processual penal não consagra um dever de realização imediata do interrogatório do agente investigado no inquérito, ou mesmo daquele que já tenha sido constituído arguido, e pessoalmente notificado sobre isso, eis que incumbe ao MP determinar tempo e modo das diligências a realizar, especialmente a diligência de interrogatório do arguido; c) inobstante tal discricionariedade ministerial, o interrogatório deve ser realizado antes do encerramento do inquérito.

Persistindo sua irresignação, o causídico arguido recorreu contra tal decisório, e para tanto sustentou que: a) sua constituição como arguido não podia se operar validamente sem que lhe fossem tomadas declarações; b) mesmo que isso fosse legalmente admissível, deveria ter sido imediatamente cientificado sobre o teor das suspeitas que pesavam contra si, sob pena de violação das garantias de defesa e do princípio da proporcionalidade (CRP/76, arts. 20º, nº 3, 26º, 27º, 32º e 18º). Adiante, em sede de contrarrazões recursais, pontuou o MP que: a) a constituição do recorrente como arguido se deu a partir das suspeitas que ele havia

acompanhado o *dossier* submarinos, e por isso seria compartícipe dos delitos em apuração; b) seu indiciamento não apenas se mostrava justificável, como era mesmo necessário, pois se a conversão do investigado em arguido se desse apenas no momento do interrogatório, estaria sendo cometida grosseira violação aos direitos de defesa.

Ao deliberar sobre as questões suscitadas, o TRL entendeu que: a) da leitura dos artigos 272º, nº 1, e 58º, nº 1, “a”, do CPP resulta a obrigatoriedade de no inquérito se interrogar como arguido pessoa contra a qual haja fundada suspeita da prática de um crime; b) a injunção legal de interrogatório de pessoa determinada contra quem corre o inquérito dirige-se à entidade que conduz o inquérito, mas não compreende uma diretriz sobre o momento do interrogatório do suspeito, o qual deve ser decidido no quadro da estratégia definida em concreto para o inquérito; c) nos termos da disciplina legalmente prevista, a efetivação do direito de informação concretizada sobre os fatos e provas contra o arguido reunidos encontra-se reservada para o momento em que aquele vier a ser chamado a prestar declarações; d) a lei não impõe a constituição como arguido das pessoas visadas pelas diligências de busca, pois o fato de ser alvo de uma tal diligência não significa necessariamente que o alvejado seja sequer suspeito da prática de um crime (CPP, arts. 174º e ss); e) o eventual interesse da investigação na apreensão de documentação respeitante ao exercício da advocacia não pode, por si só, servir de justificação à constituição de um advogado como arguido; f) segundo as opções feitas pelo legislador e que se encontram claramente plasmadas na lei, designadamente no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA) e no CPP, não é a apreensão de documentação profissional num escritório de advogados que permite fundamentar a constituição do advogado como arguido, antes sendo a constituição de um advogado como arguido que abre a possibilidade de apreensão de correspondência profissional do mesmo; g) no momento em que o recorrente foi constituído arguido, em execução de determinação do MP, não havia nenhuma razão que, aos olhos da lei processual penal vigente, impusesse uma tal constituição, razão por que a realização da diligência obedeceu a razões não contempladas na lei, e por isso mesmo se revelou ilegal, integrando o vício da irregularidade processual invocável por qualquer interessado, nos termos do disposto no art. 123º do CPP.

Conclusivamente, o que se observa é não apenas a recorrente estratégia de “blindar” escritórios advocatícios contra eventuais ordens de busca e apreensão, sempre sob o manto da garantia do segredo profissional, embora as cortes portuguesas registrem precedentes jurisprudenciais reconhecendo que tal direito não é absoluto. Por outro lado, convém reconhecer que o TRL tangenciou por completo a questão da descoberta fortuita de provas. Com efeito, sobre o tema Ionilton Vale destaca que “há duas posições na doutrina acerca do

tema: a) serendipidade de primeiro grau, que exige nexo causal em relação ao crime investigado originariamente, como, por exemplo, a localização do cadáver ocultado, durante a apuração do respectivo homicídio; b) serendipidade de segundo grau, segundo a qual a prova descoberta fortuitamente será válida, independentemente de existir ou não conexão com o fato originalmente apurado. Nesse sentido, seria lícita a prova de roubo colhida fortuitamente em uma interceptação telefônica para investigação de estupro”²²¹⁰. Na verdade, seria impossível a constituição do recorrente como arguido antes da recolha de evidências indiciárias de sua eventual participação, pois tais evidências somente vieram a lume por força do cumprimento da ordem de busca.

b) Acórdão TRP nº 2013/127/06.5IDBRG.P1

Sobre os fatos que ensejaram o acórdão TRP nº 2013/127.06.5IDBRG.P1, de 21 de março de 2013, a relatora Fátima Furtado²²¹¹ noticia que: a) os arguidos “B, C e D”, com o propósito de locupletamento ilícito de verbas públicas, criaram uma estrutura composta por seis empresas, sediadas em Braga e no Porto, todas pertencentes aos dois primeiros arguidos, cujo objeto social seria a comercialização de artigos têxteis no atacado, com o objetivo de obter da administração fiscal reembolsos indevidos; b) tais empresas foram todas constituídas entre o final de 2002 e o início de 2003, mas nunca desenvolveram qualquer atividade comercial ou industrial, e além disso, foram formalmente encerradas entre junho e julho de 2004, notadamente porque a criação das mesmas se destinava apenas a viabilizar declarações à administração fiscal de aquisições e transmissões de bens que nunca se realizaram, como meio de obter reembolsos de IVA; c) os arguidos “B e C” eram os únicos gestores das empresas “X, Y, AC e AD”, mas em paralelo, o arguido “B” atuava como proprietário e gerente da sociedade “Z”, ao passo que o arguido “C” se apresentava como proprietário e gerente da sociedade “AB”; d) segundo a estratégia elaborada, o arguido “D”, na condição de gerente de fato do “Gabinete de Contabilidade AG Ltda”, sediada em Freamunde, seria o responsável por toda a contabilidade das empresas de fachada, razão por que recebia a falsa faturação, com conhecimento seguro de seu caráter fraudulento, e em seguida ordenava que fossem efetuados os lançamentos contábeis, mas, além disso, preenchia as declarações

2210 VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: Da prova. Dos sujeitos processuais. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 36.

2211 PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Ac. TRP nº 2013/127.06.5IDBRG.P1, de 21 de março de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2013:127.06.5IDBRG.P1.14/>. Acesso em: 23.06.2023.

periódicas de IVA, nas quais assinalava os valores de IVA a serem creditados nas contas bancárias das empresas integrantes do esquema criminoso; e) os arguidos decidiram emitir faturas por bens e serviços fictícios, adquiridos por meio da *internet*, e que favoreciam contabilmente as empresas “X e Y”; f) nos exercícios de 2002 e 2003, os arguidos declararam à administração fiscal portuguesa que a empresa “X” realizara aquisições de bens ou serviços, nos montantes globais de €1.173.662,00 (um milhão, cento e setenta e três mil, seiscentos e sessenta e dois euros), e €6.419.285,00 (seis milhões, quatrocentos e dezenove mil, duzentos e oitenta e cinco euros), respectivamente; g) já no exercício de 2003, os arguidos declararam à administração fiscal lusa que a empresa “Y” teria feito aquisições de bens ou serviços, na ordem de €6.200.342,00 (seis milhões, duzentos mil, trezentos e quarenta e dois euros); h) as falsas vendas de bens e serviços aludiam a pretensos negócios com empresas sediadas em quatro países europeus (França, Itália, Espanha e Grã-Bretanha), e no intervalo compreendido entre 03 de julho de 2002 e 04 de agosto de 2003 os criminosos solicitaram reembolsos de IVA, sempre inferiores a €50.000,00 (cinquenta mil euros), naturalmente para evitar a fiscalização dos serviços de finanças; i) as operações fraudulentas ensejaram 63 (sessenta e três) reembolsos de IVA, que totalizaram €2.718.653,22 (dois milhões, setecentos e dezoito mil, seiscentos e cinquenta e três euros e vinte e dois cêntimos), entre agosto de 2002 e fevereiro de 2004; j) para repartir parte dos lucros obtidos, entre 08 de agosto de 2002 e 02 de março de 2004 os arguidos “C e B” emitiram 69 (sessenta e nove) cheques, que totalizaram €636.303,68 (seiscentos e trinta e seis mil, trezentos e três euros e sessenta e oito cêntimos), e favoreceram conta bancária da empresa “W Ltda”, cujo sócio-gerente era o arguido “D”, e assim eram mascarados os recursos financeiros pilhados do erário português; j) os arguidos agiram livre, deliberada e conscientemente, para lesar o erário estatal.

Cumprir destacar que, dentre os réus, o arguido “D” concluiu vários cursos nas áreas da contabilidade, relações públicas, organização e gestão, comércio externo e assessoria, e ainda em meados de 1979, foi admitido junto à Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas. A partir de então, montou seu próprio gabinete de contabilidade, e expandiu seus negócios de Freamunde ao Porto e até Lisboa. Em 1997 se tornou sócio da Associação Portuguesa de Gestores e Liquidatários Judiciais, e até 2003 constituiu diversas sociedades comerciais de prestação de serviços de contabilidade, dentre as quais a “AG Ltda”. Resta, evidente, portanto, que foi precisamente por força de seus conhecimentos contabilísticos especializados que o arguido “D” conseguiu tomar parte no esquema de fraude fiscal e branqueamento de capitais. Eis, portanto, o cenário por força do qual, nos autos do processo comum coletivo nº 127/06.400/09.0GAV, o 2º Juízo do Tribunal Judicial de Paços de Ferreira, condenou todos os

réus, em 28 de junho de 2012, pelos crimes de burla tributária e branqueamento de capitais, e fixou a cada um deles o cumprimento de penas unificadas em 06 (seis) anos de prisão.

Irresignados, os réus formalizaram recursos ao TRP, através dos quais invocaram: a) violação ao princípio *in dubio pro reo*; b) insuficiência de provas para amparar a base fática da acusação; c) contradição nas razões decisórias do julgado; d) erro notório na apreciação da prova; e) colidência entre a matéria fática provada e a *ratio decidendi*; e) incorreta subsunção dos fatos aos tipos penais de burla tributária e branqueamento de capitais. Em seguida, o MP ofertou contrarrazões recursais por meio das quais pugnou que as condenações fossem mantidas intactas.

Por fim, o TRP denegou os recursos a partir das balizas seguintes: a) o crime de burla tributária é um verdadeiro tipo de burla especial, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio público, que se consuma quando se efetiva a indevida atribuição patrimonial de que vai resultar o enriquecimento ilegítimo do agente; b) na tipificação do crime de branqueamento de capitais se busca proteger o circuito financeiro, econômico e jurídico, resguardando-o de bens de origem criminosa que aí procuram a sua legitimação; c) ante a natureza do bem jurídico tutelado pelo crime de branqueamento, a simples introdução do capital em questão no circuito bancário e/ou financeiro, já é susceptível de integrar a sua prática; d) os crimes de burla tributária e de branqueamento de capitais são estruturalmente autônomos entre si, razão por que a utilização do dinheiro conseguido com a burla tributária constitui uma ação distinta e independente da consumação deste crime; e) os crimes de burla tributária e de branqueamento de capitais concorrem em acumulação real.

Conclusivamente, o que se observa do é que os réus se uniram em uma autêntica ORCRIM, estruturada essencialmente a partir dos conhecimentos especiais do arguido “D”, que na condição de contador profissional desde 1979, decidiu abandonar o exercício lícito de seu ofício profissional, por pura cobiça, recrutou comparsas e liderou a empreitada criminosa. Desta forma, tem-se a cristalização de um elucidativo exemplo real em que um profissional integrante de um setor não-financeiro sensível ao branqueamento decidiu ir além da mera situação de cumplicidade. Decidiu capitanear ações delinquentes engenhosas e duradouras, voltadas não apenas à pilhagem do erário, como igualmente à ocultação do produto dos crimes de burla tributária. Portanto, tem-se por reforçada a convicção sobre o caráter parasitário do delito de branqueamento.

c) Acórdão TRL nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9

Sobre os fatos que ensejaram o acórdão TRL nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9, de 23 de maio de 2013, a relatora Maria da Luz Batista²²¹² assinala que: a) em 15 de junho de 2012 o competente Tribunal Central de Instrução Criminal ordenou o cumprimento de mandado de busca na residência de um indivíduo investigado por suspeitas de fraude fiscal e branqueamento de capitais, devendo ser apreendidos apontamentos, correspondências (mesmo lacradas), agendas, suportes digitais e correio eletrônico armazenado em computadores; b) todos os documentos apreendidos deveriam ser entregues ao JIC sem prévia abertura, para exame e deliberação sobre sua eventual anexação aos autos do inquérito; c) deveriam ser vistoriados todos os anexos e dependências dos imóveis (inclusive garagens e caixa de correspondência dos investigados); d) a diligência poderia ser assistida por pessoa que tivesse disponibilidade ao imóvel, ou por prepostos de sua confiança por ela indicados, mas a diligência deveria se realizar entre as 7:00hs e as 21:00hs; e) em 03 de julho de 2012 foram efetuadas as buscas pelo OPC, sem a presença de um representante da Ordem dos Advogados, e sem a presença de um juiz; f) logo no início das buscas o advogado “F”, que figurava como arguido, subscreveu o termo de identidade e residência (TIR), e uma vez questionado se exercia seu ofício profissional naquele local, respondeu negativamente, além do que consentiu de forma expressa quanto ao cumprimento do mandado judicial; g) a diligência foi iniciada às 10:50hs e concluída às 15:20hs horas; h) antes mesmo do cumprimento da ordem de buscas o advogado já tinha sido constituído arguido, além do que foi cientificado sobre o objeto da diligência, consentiu na realização da mesma e assinou o respectivo auto de busca; i) o local onde a diligência foi realizada em nada se coaduna com um escritório de advogado, tratando-se apenas de uma residência privada.

Sucede que, dias depois, o arguido resolveu suscitar a nulidade da diligência, mas seu pleito restou denegado em 03 de julho de 2012, nos autos do inquérito nº NUIPC 242/11.3TELSB, do Tribunal Central de Instrução Criminal. Em seguida, persistindo sua irresignação, manejou recurso perante o TRL, e para tanto alegou que: a) o auto de busca deveria ser declarado nulo, com seu desentranhamento dos autos a consequente restituição de todos os objetos apreendidos; b) não recebera cópia do auto no dia e local da diligência, ainda que nele tenha apostado sua assinatura por força de um estado de ansiedade, próprio de quem vê

²²¹² PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Ac. TRL nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9, de 23 de maio de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2013:242.11.3TELSB.C.L1.9.90/>. Acesso em: 23.06.2023.

sua casa e seu arquivo profissional serem passados “a pente fino” durante várias horas; c) ao assinar o auto, o arguido estava convicto de que dera o consentimento, em gesto de colaboração com o OPC, mas partindo da premissa de que somente as dependências particulares da sua residência seriam vistoriadas, contudo, teriam sido devassados seu arquivo e seu escritório mantido em casa; d) o campo delimitado por um retângulo, e destinado a colheita da assinatura do investigado que concorda expressamente com as buscas permaneceu sem sua assinatura; e) o dever de segredo profissional do advogado representa instituto de ordem pública irrenunciável por parte do profissional, razão por que não poderia prescindir das garantias conexas a tal dever; f) a declaração do advogado recorrente não é consentânea com a tutela do segredo profissional que recaía sobre seu arquivo profissional instalado no imóvel vistoriado; g) o auto de apreensão estaria contaminado de nulidade por violação dos arts. 70º e 71º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), além de vilipêndio aos arts. 118º, nº 1, e 126º, nº 3, do CPP, e ainda aos arts. art. 32º, nº 8 e 34º, nº 4, ambos da CRP/76.

Em sede de contrarrazões recursais, ponderou o Ministério Público que a irresignação deveria ser rejeitada porque: a) a busca domiciliária impugnada foi executada por força de ordem judicial, entretanto, o auto de busca utilizado para documentar a diligência é um documento padrão, que pode ser adaptado a várias das situações possíveis de buscas (domiciliárias ou não), de modo que o campo delimitado por retângulo somente exige a assinatura do ocupante do local vistoriado se a busca não tiver sido precedida de comando judicial, caso em que deverá contar com o consentimento do visado para que tenha valor legal; b) a simples leitura dos dispositivos legais impressos no formulário assim o evidenciam claramente, de modo que a invocação de falta de assinatura do investigado se revela impertinente ao caso; c) ainda que seja inquestionável a defesa legal do segredo profissional, tal instituto jamais esteve em causa, posto que o local vistoriado era tão somente uma residência, destituída de escritório ou arquivos profissionais do arguido; d) segundo se observa no auto de busca questionado na via recursal, logo no início da diligência, “o senhor advogado foi questionado sobre se exercia a sua profissão ou organizava arquivo no escritório existente no seu domicílio, tendo o mesmo respondido que não”; e) os autos de buscas consubstanciam documentos escritos autênticos, desde que observados os limites legais de competência de seus emitentes, razão por que se impõe o reconhecimento de valor legal a tudo quanto consignado no multicitado auto de busca; f) as fotografias levadas aos autos pelo advogado arguido se mostram inúteis ao propósito de tentar fragilizar a legalidade das buscas e apreensões levadas a termo em sua residência; g) o pretense “estado de ansiedade”, alegado pelo arguido se mostra igualmente imprestável para robustecer o argumento de nulidade da

diligência; h) ainda que o arguido não tenha recebido cópia do auto de busca no mesmo dia da diligência, veio a recebê-la poucos dias depois, sem que isso tenha causado qualquer prejuízo a seu direito de defesa, e ainda que tal circunstância fosse admitida como vício procedimental, sua natureza seria sanável.

Na sequência, a 9ª Seção Criminal do TRL apreciou o recurso e negou-lhe provimento pelas razões seguintes: a) o local de exercício da atividade do advogado deve permitir a este executar adequadamente o patrocínio que o seu cliente lhe confiou, e por isso mesmo deve estar dotado das características adequadas a garantir o cumprimento do complexo de deveres a que o causídico se obriga, especialmente perante a Administração da Justiça e a sociedade, mas também junto à Ordem dos Advogados e aos colegas de profissão (EOA, arts, 83º, 85º, 89º e 90º); b) tal aspecto original, próprio dos que exercem uma atividade privada, mas de interesse público, se encontra amparado não apenas por lei, mas ainda pelo próprio texto constitucional; c) o advogado não pode prescindir da presença do juiz ou de representante local da Ordem dos Advogados numa busca realizada em seu escritório profissional de advogado, mas o mesmo não se pode afirmar em relação a uma busca domiciliária, e também por isso o recurso mereceu rejeição.

Conclusivamente, o caso retrata não apenas uma postura de evidente desprestígio ao princípio “*venire contra factum proprium*”, como ainda importa em demonstração do grau de recorrência da velha estratégia de tentar blindar, como o manto da impenetrabilidade, qualquer imóvel habitado pelo advogado, como se ali fosse necessariamente exercido seu ofício profissional. Aliás, é oportuno lembrar que as garantias do segredo profissional só se mostram justificáveis para tutelar os causídicos que atuam dentro dos limites da lei e da Constituição, e que naturalmente não se descuram dos deveres próprios daqueles que não olvidam de sua condição de órgãos auxiliares da Administração da Justiça.

Por outro lado, quando o próprio advogado figura como arguido, conferir-lhe a pretendida blindagem contra investigações criminais nada mais significaria, senão injustificável privilégio corporativo, além de insanável mácula ao preceito constitucional segundo o qual todos são iguais perante a lei. Por simetria de motivos, médicos, contadores e outros tantos profissionais submetidos ao dever legal de segredo profissional poderiam se opor aos órgãos de persecução penal, caso em que restaria confirmada a advertência de Sólon²²¹³, segundo a qual “as leis são como as teias de aranha, que apanham os pequenos insetos e são rasgadas pelos grandes”²²¹⁴.

2213 Governador de Atenas, onde nasceu, além de ser conhecido como fundador da democracia e reputado como um dos sete sábios da Grécia. Sólon era de origem nobre, mas de família empobrecida, dedicou-se na mocidade

d) Acórdão TRL nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1.-3

Relativamente aos fatos que originaram o acórdão TRL nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1.-3, de 04 de julho de 2016, o relator Orlando Nascimento²²¹⁵ reporta que: a) foi emitido um mandado de busca e apreensão no âmbito de inquérito criminal em que eram investigados os crimes de fraude fiscal, associação criminosa, branqueamento, corrupção e falsificação de documentos, sendo tal mandado cumprido em certo escritório advocatício lisboeta; b) logo no início da diligência foi preenchido o respectivo auto, segundo o qual o buscado foi constituído arguido, prestou TIR e foi-lhe facultada a possibilidade de contactar com o seu advogado, tendo o mesmo contactado telefonicamente com o Dr. “X”, o qual informou que estava acompanhando outra diligência, mas que iria ao escritório vistoriado assim que possível; c) durante a diligência foram apreendidos os objetos identificados no auto.

Na sequência, o advogado arguido apresentou reclamação invocando o art. 77, nº 3, do EOA, e postulando a restituição de todos os documentos apreendidos, eis que relativos às suas relações profissionais, e de seu telemóvel, por ser um instrumento de uso pessoal. Argumentou ainda o investigado que: a) caso assim não fosse deferida a pretendida restituição, relativamente aos documentos 1 e 2, que dos mesmos fosse expurgada qualquer informação relacionada com outros clientes, de modo a acautelar a obrigação de reserva, potencialmente ameaçada, sobretudo se o conteúdo de tais documentos fosse acessado por qualquer órgão de comunicação social, caso em que surgiriam significativos danos, tanto para o arguido, como também para a sociedade por si composta; b) por força do art. 76º do EOA, a correspondência de um advogado não pode ser apreendida, salvo nas exceções contempladas pelo nº 4 daquele dispositivo, e pelo art. 180º do CPP, entretanto, ainda assim seriam pressupostos da apreensão, sua constituição como arguido, bem como a indicição da autoria do crime referenciado pelo Ministério Público; c) uma vez que o MP lhe imputa atos de

ao comércio, mas ganhou notoriedade ao liderar os atenienses (600 a. C.), na tomada da ilha de Salamina, que se encontrava sob o domínio de Mégara. Naquela época Atenas era dominada por uma aristocracia hereditária, cujos integrantes recebiam o nome de eupátridas, e assim não apenas possuíam as melhores terras, como ainda monopolizavam o poder e o sistema imperante se baseava no critério de riqueza” (BRASIL ESCOLA. In: UOL. Disponível em:

[https://brasilecola.uol.com.br/biografia/solon.htm#:~:text=Governador%20de%20Atenas%2C%20nascido%20n%20esta,liderar%20os%20atenienses%20\(600%20a](https://brasilecola.uol.com.br/biografia/solon.htm#:~:text=Governador%20de%20Atenas%2C%20nascido%20n%20esta,liderar%20os%20atenienses%20(600%20a). Acesso em: 23.06.2023.

2214 SÓLON. Frases. In: Pensador. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjMyMg/>. Acesso em: 23.06.2023.

2215 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Ac. TRL nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1.-3, de 04 de julho de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/eccli/ECLI:PT:TRL:2016:108.15.8JALRA.A.L1.3.13/>. Acesso em: 23.06.2023.

intervenção para constituição da empresa “SAD”, bem como a elaboração de aditamentos a contratos celebrados entre esta e os treinadores e jogadores, bem como a prestação de consulta jurídica sobre o encerramento das contas do ano fiscal 2015-2016, todos os outros documentos diversos de tais limites estão protegidos por segredo profissional.

A postulação do arguido foi rebatido pelo Ministério Público, segundo o qual: a) existe derrogação do segredo profissional do advogado sempre que se trate de matéria do foro criminal relativamente à qual o advogado tenha sido constituído arguido; b) no caso em espécie o causídico reclamante foi indiciado pelos fatos noticiados na promoção ministerial que instruiu os mandados de busca e apreensão, que atrairiam a incidência de variados dispositivos legais, tudo a partir de “fatos concretos e objetivados nos produtos resultantes de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente nos autos”, que apontam ativa colaboração do arguido num esquema de evasão fiscal; c) por tais circunstâncias, restava exaurido o argumento de que seria necessárias a prévia constituição do advogado como arguido, como condição necessária ao cumprimento das ordens judiciais de busca e apreensão no escritório profissional; d) acerca da documentação apreendida, foi ela escrutinada por palavras-chave e pela colaboração do arguido, com vista a recolher apenas os documentos que tivessem interesse para os autos, embora com as limitações do momento; e) seria realizada em breve, nova análise do acervo apreendido, para fins de ponderação integral e definitiva, e subsequente restituição do que fosse irrelevante para a investigação, na forma do art. 186º, nº 1, do CPP.

Destarte, naquele cenário havia duas questões a apreciar: a) a primeira seria identificar se algum dos documentos apreendidos não poderiam sê-lo por estarem atrelados ao dever de segredo profissional do advogado investigado em relação a terceiros que não fossem igualmente arguidos nos autos; b) a segunda seria esclarecer se realmente ocorria derrogação do segredo profissional do advogado, por se tratar de matéria criminal relativamente à qual o mesmo fora constituído arguido, por força dos fatos vertidos na promoção ministerial que acompanhou os mandados de busca e apreensão.

Em seguida, o TRL prolatou seu acórdão, pontuando que: a) o mero indiciamento de um advogado não integra os pressupostos de derrogação do segredo profissional, tal como estipulado pelo art. 92º do EOA, e delimitado pelos arts. 180º, nº 2, do CPP, 76º, nº 4 do EOA e 17º da Lei nº 109/2009, de 15 de setembro; b) a apreensão se mostra injustificável quando os fatos imputados ao advogado ou a seus clientes igualmente arguidos se mostrarem vagos, genéricos e de baixa densidade, seja ao nível da materialidade, seja ao nível da imputação subjetiva; c) configurada essa hipótese, é admissível a alegação de consulta, de trabalho de

advogado, em contraponto à alegativa de participação do arguido na concepção e execução do crime; d) por tais motivos, relativos à identificação do ilícito penal e conexão dos documentos com esse mesmo ilícito, a apreensibilidade documental não estaria suficientemente demonstrada, de modo a merecer prevalência o segredo profissional do advogado reclamante. Portanto, a Corte determinou que fossem restituídos os documentos originais e reproduções eventualmente extraídas, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 77º do EOA.

No caso em exame, tendo em conta a motivação invocada, mas sobretudo a impossibilidade de aceder aos autos do inquérito respectivo, para poder avaliar a densidade de cada um dos documentos outrora apreendidos, para fins de caracterizar materialidade delitiva, ou o elemento subjetivo do tipo, resta impossível se posicionar criticamente contra ou a favor do aludido acórdão. Em todo caso, resta perceptível o grau de respeito conferido pelo TRL ao instituto do segredo profissional dos advogados. Resta indagar apenas se outros profissionais autônomos que exercem ofícios igualmente sensíveis ao branqueamento também têm merecido idêntico tratamento.

e) Acórdão TRL nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3

Relativamente aos fatos que originaram o acórdão TRL nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3, de 24 de novembro de 2021, a relatora Maria Leonor Botelho²²¹⁶ reporta que: a) nos autos do processo comum coletivo nº 333/2014, que tramitou pelo do Juízo Central Criminal de Lisboa, os arguidos “AA” e “BB”, dentre outros, foram pronunciados e submetidos a julgamento, tendo sido imputados ao primeiro os crimes de a.1) corrupção passiva, na sua forma qualificada; a.2) branqueamento de capitais; a.3) violação do segredo de justiça, a.4) falsificação de documento; ao passo que ao segundo réu foram atribuídos os crimes de: a.5) corrupção ativa, na sua forma qualificada, a.6) branqueamento de capitais; a.7) violação do segredo de justiça; a.8) falsificação documento; b) o Ministério Público requereu ainda, em desfavor do acusado “AA”, a aplicação de penas acessórias de proibição do exercício de funções públicas por período não inferior a cinco anos, e em desfavor do acusado “BB”, proibição do exercício de advocacia por período não inferior a cinco anos, bem como o perdimento a favor do Estado das quantias arrestadas e apreendidas nos autos até o valor total de €763.429,88 (setecentos e sessenta e três mil, quatrocentos e vinte e nove euros e oitenta e oito cêntimos); c) realizado o julgamento, foram comunicadas alterações não substanciais dos

²²¹⁶ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Ac. TRL nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3, de 24 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/204477/>. Acesso em: 23.06.2023.

fatos constantes da pronúncia, bem como da qualificação jurídica dos fatos (CPP, art. 358º, nºs 1 e 3), e em seguida o tribunal de primeira instância decidiu por: c.1) absolver o arguido “DD” das acusações de corrupção ativa, branqueamento de capitais e falsificação documento; c.2) condenar o arguido “AA” pelos crimes de corrupção passiva (quatro anos e seis meses de prisão), branqueamento de capitais (cinco anos de prisão), violação do segredo de justiça (um ano e dois meses de prisão); falsificação de documento (um ano e quatro meses de prisão), mas ao final, levando em consideração conjunta os fatos e a personalidade do arguido, as penas restaram unificadas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de prisão; c.3) condenar o arguido “BB” pelos crimes de corrupção ativa (dois anos e quatro meses de prisão), branqueamento de capitais (três anos e seis meses de prisão), violação do segredo de justiça (dez meses de prisão), falsificação de documento (10 meses de prisão), mas ao final, tendo em conta simultaneamente os fatos e a personalidade do arguido, as penas restaram unificadas em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de prisão, cuja execução foi suspensa por igual período; c.4) relativamente às penas acessórias, ao réu “AA” foi proibido o exercício da função por um período de cinco anos (CP, art. 66º), mas o acusado “BB” foi isento da proibição do exercício da advocacia; c.5) relativamente ao pleito de confisco de ativos, foi imposto o perdimento, em favor do Estado, da cifra já apreendida no importe de €512.299,83 (quinhentos e doze mil, duzentos e noventa e nove euros e oitenta e três cêntimos), bem como o perdimento de outros numerários que fossem eventualmente arrestadas, até a integralização do montante total de €763.429,88 (setecentos e sessenta e três mil, quatrocentos e vinte e nove euros e oitenta e oito cêntimos); d) o réu “BB” deveria aguardar os ulteriores termos do processo sujeito à medida de coação TIR (CPP, art. 196º), ao passo que o réu “AA” permaneceu submetido às medidas de coação de proibição de se ausentar do país (CPP, art. 200º) e TIR (CPP, 196º).

Embora seja certo que o TRL cuidou em anonimizar os envolvidos, a mídia é regida por outros valores, dentre os quais os princípios da liberdade de expressão e informação (CRP/76, art. 37º) e da liberdade de imprensa (CRP/76, art. 38º). Precisamente por isso, Carlos Diogo Santos narrou a história completa da “Operação Fizz”²²¹⁷. Segundo ele a aludida operação foi deflagrada para apurar possíveis crimes de corrupção, branqueamento de capitais e falsificação de documento, eis que existiam suspeitas que Orlando Figueira, então Procurador da República, teria ganho €760.000,00 (setecentos e sessenta mil euros), além de um bem remunerado emprego na iniciativa privada, em troca do arquivamento do chamado “Inquérito Portmill”, que investigava possíveis malversações de Manuel Domingos Vicente, então

2217 SANTOS, Carlos Diogo. Fizz. Toda a história da corrupção. In: Nacer do Sol, já. 2018. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/597145/fizz-toda-a-historia-da-corrupcao>. Acesso em: 24.06.2023.

candidato a Vice-Presidente de Angola²²¹⁸. Segundo restou apurado nas investigações, os crimes teriam sido perpetrados com o auxílio de Armindo Pires, homem de confiança de Manuel Vicente, e do advogado Paulo Amaral Blanco, que representava os interesses do Estado angolano em vários processos.

Consoante noticiado na matéria jornalística o esquema delitivo teria se iniciado ainda em 2011, quando o então Procurador Orlando Figueira atuava no Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) e era responsável por investigações que versavam sobre a criminalidade económico-financeira mais complexa, muitas das quais focadas sobre membros da elite angolana, mas em paralelo atravessava dificuldades em sua vida pessoal e lamentava a remuneração que percebia como membro do Ministério Público português. Vale pontuar que Orlando integrou o MP entre setembro de 1990 e setembro de 2012, e nessa condição liderou investigações como o “Caso Banif” e o “BES Angola”.

Desta forma, quando ainda estava lotado no DCIAP, o procurador Orlando Figueira passou a ser cortejado pelo advogado Paulo, que o convidou inclusive para participar na “Semana da legalidade”, evento realizado em Luanda, em abril de 2011, com o fito de celebrar o 32.º aniversário da Procuradoria-Geral da República de Angola. O convite foi aceito e a viagem se converteu em jornada que propiciou ao então procurador contatos com políticos angolanos de envergadura, para os quais foi revelada sua insatisfação com a rotina lisboeta e com seu saldo bancário. O regresso se deu em 02 de maio, e logo em seguida o então procurador realizou o interrogatório de Carlos Silva, banqueiro angolano e presidente do Conselho de Administração do Banco Privado Atlântico (BPA), que naquele ato processual coincidentemente era assistido pelo advogado Paulo Blanco.

Concluído o interrogatório, o trio decidiu almoçar no Hotel Ritz, e na ocasião, o então procurador comentou sobre sua intenção de deixar o MP e viver em Angola. As pretensões do então procurador rapidamente teriam chegado aos ouvidos de Manuel Vicente, também cliente do advogado Paulo Blanco, e amigo do banqueiro Carlos Silva. Frise-se ainda que, naquela ocasião Manuel Vicente deixara a presidência da empresa Sonangol para integrar o governo angolano, e compunha igualmente o Conselho Geral de Supervisão do Millennium BCP. Por outro lado, na mesma época já tramitava no DCIAP um inquérito no bojo do qual eram investigados, por corrupção e branqueamento de capitais, tanto Manuel Vicente como outros dirigentes angolanos, e em setembro de 2011 teria sido instaurado mais um inquérito

2218 ROSA, Luís. Vice-presidente de Angola formalmente acusado de corrupção activa de procurador do MP. In: Observador, fev. 2017. Disponível em: <https://observador.pt/2017/02/16/vice-presidente-de-angola-formalmente-acusado-de-corrupcao-activa-de-procurador-do-mp/>. Acesso em: 24.06.2023.

dedicado a Manuel Vicente, o qual poderia embaraçar seus planos políticos de ascender à Vice-Presidência de Angola.

Segundo as investigações²²¹⁹, iniciadas em 2014 a partir de uma “denúncia anónima, mas pormenorizada”²²²⁰, foi naquele cenário que: a) Manuel Vicente decidira propor ao então procurador Orlando Figueira que, em troca do arquivamento dos dois inquéritos, ele disporia de emprego na iniciativa privada com generosa remuneração; b) o então procurador aceitara a desditosa proposta, e por força disso, não apenas procedera ao arquivamento da investigação, como ainda excluía dos autos todas as referências a Manuel Vicente; c) ainda em setembro de 2011 o então procurador solicitara uma licença sem vencimentos, e em seguida teria supostamente celebrado um contrato de trabalho para atuar como *compliance advisor*, no Millenium BCP, e em seguida, ante as suspeitas de vazamento de informações privilegiadas, Orlando teria se transferido para o *Activo Bank* (integrante do mesmo grupo econômico do Millenium BCP); d) dada a gravidade das suspeitas que pesavam contra Orlando em sua breve atuação no Millenium BCP, somente a proteção de Manuel Vicente poderia justificar a permanência do então procurador em outro banco da mesma corporação; e) em paralelo, Orlando supostamente teria estabelecido outro contrato de trabalho com a empresa Primagest, ligada à Sonangol; f) em 2015, ao perceber que vinha sendo investigado, Orlando tratou de declarar junto às Finanças rendimentos outrora sonegados, e que lhe foram disponibilizados como recompensa por seu ato pretérito de corrupção.

Com o propósito de rechaçar as conclusões da investigação ministerial, alegou o advogado Paulo Blanco que: a) o autor do convite para participar da tal “Semana da legalidade” teria sido o Procurador-Geral da República de Angola, e o destinatário era o Procurador-Geral da República de Portugal; b) admite ter acompanhado Orlando Figueira e outro procurador à capital angolana, por ter sido igualmente convidado para tomar parte naquele evento; c) nos eventos de Luanda o então procurador Orlando Figueira distribuíra cartões de visita a toda a gente que ali se encontrava, como se fosse ele um profissional liberal; d) o banqueiro Carlos Silva também tomara parte na “Semana de legalidade”; e) ainda nos primeiros dias de maio de 2011, após retornarem de Luanda, o então procurador Orlando mantivera contato para alertá-lo que o Procurador Rosário Teixeira estava presidindo um

2219 OLIVEIRA, Mariana. MP investiga arquivamento de inquérito a vice-presidente angolano. In: Público, fev. 2016. Disponível em: <https://www.publico.pt/2016/02/23/sociedade/noticia/pj-detem-procurador-do-ministerio-publico-por-suspeitas-de-corrupcao-1724133>. Acesso em: 24.06.2023.

2220 SIMÃO, Bruno. Denúncia anónima gerou investigação secreta ao procurador que arquivou processos de Angola. In: Jornal de Negócios, fev. 2016. Disponível em: https://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/denuncia_anonima_gerou_investigacao_secreta_ao_p_rcurador_que_arquivou_processos_de_angola. Acesso em: 24.06.2023.

inquérito, por força do qual o banqueiro Carlos Silva poderia ser convocado a depor; f) ao saber disso exigira ser atendido pelo Procurador Rosário, e de fato foi recebido por ele; g) no dia designado para ter lugar o depoimento do banqueiro Carlos Silva estava presente no DCIAP, mas não como advogado, pois o defensor constituído era Daniel Proença de Carvalho; h) realmente almoçara no Hotel Ritz, em companhia do então procurador Orlando e do banqueiro Carlos Silva, a convite deste último, e que o Procurador Rosário também teve a intenção de acompanhá-los; i) durante o almoço Orlando teria explicitado seu desejo de trabalhar em Angola, mas precisava antes resolver alguns problemas pessoais; j) Carlos Silva teria informado dispor de uma colocação para Orlando, inclusive porque o advogado Paulo Marques, membro dos órgãos sociais do BPM, tencionava regressar a Lisboa; k) a contar daquele almoço Orlando já não mais precisara de sua intermediação para manter entendimentos com Carlos Silva; l) até o mês de maio de 2011 sua sociedade advocatícia só atuara em um inquérito do DCIAP, em que era assistente do Estado angolano, e suas visitas ao órgão teriam sido estritamente profissionais; m) o acordo para que Orlando trabalhasse na iniciativa privada somente fora entabulado em dezembro de 2011, mas ainda não estava decidido se a colocação seria no BPA de Angola ou no BPA Europa, e somente mais tarde veio a saber que a minuta de contrato indicara este último banco; n) em janeiro de 2012, a partir das declarações de Rafael Marques, ativista angolano, que formulava acusações contra o BPA e contra Carlos Silva, este decidiu que seria melhor que Orlando Figueira trabalhasse para a Primagest, e depois disso encerrara relações com ambos (Orlando e Carlos Silva).

Ainda segundo veiculado na matéria jornalística, após saber que iria a julgamento, Orlando Figueira alegou que: a) antes não revelara o que sabia porque vivia na dependência dos responsáveis pelo esquema, sendo remunerado pelo advogado Daniel Proença de Carvalho; b) reconhecia ter cometido crimes de fraude fiscal e branqueamento; c) mesmo antes de ser recolhido à cadeia de Évora, a investigação tinha meios de alcançar os verdadeiros responsáveis, em vez de construir “uma estória romanceada, totalmente falsa”; d) o DCIAP sabia que estava a enlamear o nome de Manuel Vicente, mesmo sendo ele inocente, e com isso restava prejudicada de modo irresponsável a relação diplomática entre Portugal e Angola; e) após travar conhecimento com Carlos Silva e Paulo Blanco, teria estreitado relações entre as PGR de Portugal e de Angola; f) durante a “Semana da legalidade”, em Luanda, recebera convite de Carlos Silva para trabalhar em seu banco, e considerou a hipótese após sua aposentadoria; g) reconhece que no ano de 2011 passava por dificuldades financeiras, em função de seu divórcio, e por isso considerou mais seriamente a proposta de trabalho externada por Carlos Silva, razão porque tratou desse tema com o advogado Paulo

Blanco, e na sequência recebera US\$15.000,00 (quinze mil dólares) para atuar como diretor jurídico do grupo BPA, mas naquele momento não cogitava que seria responsável por uma investigação envolvendo Manuel Vicente; h) ao final, não chegara a trabalhar com Carlos Silva, tampouco se mudara para Luanda, e ainda em janeiro de 2012, realmente recebera US\$210.000,00 (duzentos e dez mil dólares), a título de salário anual antecipado, como garantia previamente ajustada com o banqueiro, mas para justificar o recebimento daquele numerário teve de entregar seu contrato com a Primagest, a qual seria uma “empresa de fachada” de Carlos Silva; i) depois disso, Paulo Blanco e Carlos Silva passaram a se esquivar do então procurador, especialmente com a proximidade da data de início de sua licença sem vencimento; j) fora aconselhado a abrir conta bancária num paraíso fiscal, e assim o fez, mas as promessas que lhe foram feitas jamais restaram cumpridas; k) nunca arquivou inquérito algum sob sua direção em troca de propina, e somente não revelara antes tudo que sabia por força de um “acordo de cavalheiros” com o advogado Daniel Proença, o que faria sua defesa no âmbito da “Operação Fizz”, e também lhe conseguiria um trabalho no futuro; l) realmente soubera em 2015 que estava sendo investigado pelo DCIAP, e por isso teria cuidado em liquidar junto às Finanças os impostos que devia, e isso foi feito com dinheiro de Carlos Silva.

O fato é que, após serem condenados em primeira instância, o então Procurador da República Orlando Figueira (arguido “AA”) e o advogado Paulo Blanco (arguido “BB”), formalizaram recursos ao TRL, ambos pugnando por absolvição. Em seu recurso, argumentou o primeiro que: a) havia vícios na valoração da prova indireta, e que estes teriam conduzido à violação do princípio *“in dubio pro reo”*; b) o acórdão recorrido deveria ser declarado nulo por rompimento do princípio acusatório e das garantias de defesa dos arguidos; c) a juíza que acompanhou o cumprimento de um mandado de busca realizado em 23 de fevereiro de 2016, no escritório de uma advogada, também tomou parte no colegiado prolator do acórdão condenatório, e por tal motivo o dito julgamento deveria ser anulado, em nome do princípio da legalidade.

Quanto ao segundo arguido, buscou sedimentar seu recurso argumentando que: a) apesar do princípio da livre apreciação da prova, o juízo de primeira instância teria abandonado tudo quanto se provou nos autos, e por isso teria agredido frontalmente não apenas seus direitos fundamentais, como também a verdade material e a Justiça; b) o órgão julgador de primeira instância teria valorado incorretamente vários pontos essenciais da matéria de fato, e com isso realizara errônea subsunção do fato à norma.

Em seguida, antes de passar ao exame meritório dos recursos, o TRL delimitou as questões a serem dirimidas, pontuando que o arguido Orlando Figueira pretendia obter: a) a

nulidade do despacho proferido em 15 de fevereiro de 2018 (denegatório do pedido de expedição de carta rogatória à Justiça de Angola); b) a nulidade do despacho proferido em 22 de outubro de 2018 (denegatório do pleito de inquirição de diversas testemunhas), enquanto o recurso do arguido Paulo Blanco se voltava a obter: c) a nulidade do julgamento, por suposta violação das regras de composição do Tribunal Coletivo; d) declaração de pretensa contradição insanável e erro na apreciação da prova, que teriam conduzido a erro de julgamento na apreciação dos fatos, tudo com violação do princípio da culpa.

Ato contínuo, o TRL acolheu os recursos apenas para retificar pequenos erros materiais quanto à matéria de fato, mas meritoriamente manteve íntegras ambas as condenações impostas, e assim procedeu pelos motivos seguintes: a) o regime consagrado nos arts. 39º, 40º e 43º do CPP permite, no seu conjunto, dar resposta às diferentes situações que evidenciem que certo juiz não deve intervir em determinado processo, assim salvaguardando tanto os direitos de defesa dos arguidos, quanto a confiança dos cidadãos na imparcialidade do juiz que intervém no processo; b) o fato da juíza adjunta do órgão julgador de primeiro grau haver presidido a diligência de busca levada a efeito em escritório advocatício, acautelando o cumprimento dos normativos legais aplicáveis e os direitos dos arguidos e da busca, sem qualquer tomada de posição ou decisão sobre a factualidade em causa nos autos, não importou em impedimento para integrar o Tribunal Coletivo que presidira o posterior julgamento da causa; c) a nulidade prevista no art. 379º, nº 1, “a” do CPP somente tem lugar quando se observa ausência de exame crítico das provas produzidas, e não quando o exame efetuado pelo tribunal seja susceptível de censura, por dele terem sido retiradas conclusões ilógicas, incoerentes ou violadoras das regras da experiência; d) nem toda contradição é passível de integrar o vício da sentença, tal como assinalado no art. 410º, nº 2, do CPP, razão por que a nulidade do julgado exigiria uma contradição insuperável, e sobre fatos essenciais; e) o vício de erro notório na apreciação da prova, tal como previsto na alínea “c” do mesmo dispositivo acima referido, não se confunde com o erro de julgamento, posto que somente pode ser concebido como notório um erro evidente, que não escaparia ao homem de formação média, capaz de detectar fato patentemente ilógico ou incongruente, ao passo que o erro de julgamento consiste na ausência de suporte na prova que foi produzida; f) a prática de um crime em coautoria não exige que cada um dos agentes tenha intervenção em todos os atos de execução, impondo apenas a lei que a atuação de cada um, mesmo que parcelar e/ou repartida em tarefas distintas, seja elemento componente do todo e imprescindível à produção do resultado; g) o crime de corrupção é delito de resultado, cuja consumação coincide com o momento em que a “solicitação” ou a “aceitação” do suborno, ou da sua promessa, cheguem

ao conhecimento do destinatário, ainda que a lesão do bem jurídico se perpetue e perdure no tempo, em sucessivas renovações da resolução criminosa do agente, até que este lhe ponha termo; h) no momento em que o arguido Orlando Figueira proferiu os despachos de arquivamento ilibando alguns dos suspeitos de toda a responsabilidade, impunha-se antes a realização de diligências de investigação, entre as quais as que se encontravam já em curso e que inexplicavelmente anulou (pois somente se realizadas permitiriam a decisão pelo arquivamento ou pela acusação); i) os arquivamentos que o arguido Orlando Figueira mercadejou, previamente a qualquer investigação séria, são contrários aos deveres do cargo que exercia, tendo o mesmo adotado tal tramitação, célere e inapropriada, violando as regras da investigação a que estava sujeito e a prática judiciária habitual, o que bem sabia e fez a troco das contrapartidas, pecuniárias e não pecuniárias, que lhe foram prometidas e que efetivamente recebeu; j) o crime de branqueamento visa punir as atividades que procurem dissimular a origem ilícita de vantagens, com o fim de evitar que o autor ou participante dos fatos ilícitos típicos que propiciaram a obtenção de tais vantagens seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, e tendo ele punição autônoma, pressupõe a verificação de um delito subjacente, de onde provenham as vantagens que se procuram encobrir; k) as transferências bancárias efetuadas para contas bancárias do arguido Orlando Figueira, pretensamente acobertadas por um contrato de promessa de trabalho, por um contrato de trabalho definitivo, e por um acordo de revogação do contrato de trabalho, tinham por escopo criar a convicção de que os valores transferidos constituíam remuneração e indenização devidas, que seriam decorrentes de tais contratos, fazendo-os aparentar constituírem suposta remuneração de atividade profissional, o que sabiam não ser verdade, tendo os arguidos agido com o intuito de encobrirem a origem ilícita de tais montantes, correspondentes ao produto da prática do crime de corrupção por eles praticado, assim visando dificultar a sua qualificação como tal, por parte da investigação.

Conclusivamente, e a partir do extenso relato contido no acórdão *sub examine*, composto por nada menos que 681 (seiscentas e oitenta e uma) laudas, e que descreve a profusão de provas apuradas, não se permite dúvida que, tanto os crimes subjacentes imputados a Manuel Vicente, e que vinham sendo apurados nos dois inquéritos sob a direção do então procurador Orlando Figueira, quanto o delito primordial pelo qual este último veio a ser condenado (corrupção passiva), foram derivados da cobiça. E quantos aos demais delitos imputados a Orlando (violação de segredo de justiça, falsificação de documento e branqueamento de capitais), foram perpetrados na sequência e em razão do primeiro, vale dizer, foram crimes parasitários, pois ao aceitar o suborno, aquele agente público se viu

forçado a revelar informações funcionais sigilosas, e em seguida arquivar dois inquéritos que afligiam seus corruptores. Todavia, após executar o serviço subalterno e inidôneo era preciso ocultar o suborno recebido, e por isso restou necessário abrir inicialmente conta num paraíso fiscal, e depois engendrar falsos contratos de trabalho para justificar os ingressos financeiros de origem espúria. Infelizmente, com esse *modus operandi*, o multicitado ex-agente público não apenas comprometeu uma reputação profissional construída ao longo dos 22 (vinte e dois) anos que integrou o Ministério Público, como ainda perdeu sua liberdade e sua honra. Por tudo isso, é forçoso reconhecer que Orlando fez um péssimo negócio.

Por outro lado, o mesmo raciocínio se mostra aplicável ao arguido Paulo Blanco, pois embora não tenha suportado a pena acessória de inabilitação para o exercício da função advocatícia, e inobstante tenha sido contemplado com a suspensão condicional de sua pena, sua liberdade pessoal também restou limitada, e sua honra pessoal e profissional restaram invariavelmente manchadas. Seguramente não foi um bom negócio ter aceitado atuar como “estafeta de poderosos”, seja para corromper ativamente um agente público, seja para tomar parte nos subsequentes atos de falsificação documental e branqueamento. Infelizmente terá que carregar consigo a “letra escarlate”²²²¹ até o fim de seus dias, pois a punibilidade penal será extinta, mas nem sempre os fatos desonrosos se apagam tão facilmente da memória dos membros da comunidade.

f) Acórdão TRL nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5

A propósito dos fatos que ensejaram o acórdão TRL nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5, de 31 de maio de 2022, o relator Arthur Vargues²²²² noticia que: a) por decisão prolatada em 18 de novembro de 2021 o Tribunal Central de Instrução Criminal rejeitou as nulidades suscitadas pela empresa “M Sociedade Anônima” contra a diligência de cumprimento de

²²²¹ O romance é situado em Boston, no século XVII, e apresenta uma jovem senhora, Hester Prynne, na porta da prisão tendo em seus braços uma filha bastarda. A jovem senhora foi acusada e condenada por adultério, razão por que lhe foi imposta a pena de ficar exposta no cadafalso público por três horas, além de ter que usar junto ao busto, e pelo resto de sua vida, a letra escarlate, como símbolo do adultério cometido. Quanto ao marido pretensamente traído, era um estudioso inglês que enviou a esposa a Boston, onde pretendia com ela residir, não conseguiu acompanhá-la no tempo devido, pois foi aprisionado por índios, e quando finalmente reconquistou a liberdade se deparou com a condenação pública da esposa. O pai biológico da inocente criança, outrora rotulada como bastarda, teve sua identidade preservada pela condenada, mas ironicamente era uma das mais respeitadas figuras da comunidade. Com efeito, o pastor Arthur Dimmesdale, somente foi poupado da condenação pública graças à atitude estóica da jovem senhora, mas permaneceu torturado pela culpa até o fim de seus dias (HAWTHORNE, Nathaniel. A letra escarlate. Trad. Christian Schwarts. São Paulo: Penguin Companhia, 2011).

²²²² PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. TRL nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5, de 31 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2022:71.21.6TELSB.E.L1.5.91/>. Acesso em: 24.06.2023.

mandado de busca e apreensão por ela suportada em 06 de julho de 2021; b) tais diligências se deram em cumprimento de determinação emitida pelo Ministério Público, o qual ignorava que nas instalações visadas existisse um posto de trabalho supostamente afeto a um advogado da empresa, o “Dr. GR”, que alegadamente dividia uma exígua sala com o diretor financeiro, “Sr. FS” e com a secretária deste, “Sra. IP”; c) inexistia qualquer separação física entre os vários postos de trabalho; d) aliado a isso, e embora o “Dr. GR” já não tivesse domicílio profissional naquele local na data da diligência, ainda assim os agentes públicos responsáveis pelo cumprimento do mandado nas instalações da Movera acautelaram o segredo profissional do “Dr. GR”, eis que não devassaram seu local de trabalho, tampouco seu computador. Aduziu mais que o juízo de instrução criminal rejeitou a pretensa nulidade arguida pela empresa visada, mediante decisório datado de 18 de novembro de 2021. Acerca dos motivos ensejadores da ordem de busca e apreensão, o órgão julgador de primeiro grau salientou que: a) estaria em causa “uma atividade delituosa desenvolvida, pelo menos na área das comarcas de Lisboa e Porto”; b) estariam ainda em investigação fatos suscetíveis de integrar branqueamento de capitais e infrações econômico-financeiras.

Inconformada, a empresa arguida formalizou recurso ao TRL, e para tanto invocou os arts. 119º, 120º e 123º, nº 1, todos do CPP, argumentando ainda que: a) o Ministério Público determinou a realização de buscas em endereços situados no Porto, em locais que outrora sediavam a empresa “M Sociedade Anônima” (cuja razão social anterior era empresa “AP”) e a empresa “M II Sociedade Anônima” (cuja razão social anterior era empresa “C”), entretanto, na data da diligência as empresas já não mais atuavam naqueles domicílios, e sim no Aproveitamento Hidroelétrico de Miranda do Douro; b) por tal motivo aquela ordem ministerial estaria contaminada por irregularidade, eis que a diligência foi realizada em local diverso da sede; c) além disso, a aludida ordem também não foi corroborada por meio de comando judicial, o que teria violado o disposto nos arts. 174º, 176º e 178º, todos do CPP, e gerado a consequente nulidade da diligência; d) a ordem ministerial era ainda carecedora de fundamentação, e também por isso se observa a nulidade da diligência e da prova apreendida por força dela; e) conquanto a ordem ministerial se refira unicamente ao crime de fraude fiscal, não pode o órgão acusador, através de promoção posterior às buscas, aditar seus argumentos para sustentar que estavam em causa outras infrações, pois isso viria em ofensa aos princípios do contraditório e da paridade de armas, além de representar clara ofensa aos direitos de defesa e de recurso da arguida; f) não merece prosperar o argumento de que estariam em causa atividades desenvolvidas em comarcas que atraem a competência de tribunais diversos da mesma Relação, eis que somente será atribuída competência ao TCIC,

com base nesse critério quando, simultaneamente, estiverem sendo apurados crimes elencados no art. 120º, nº 1, alíneas “a” a “k”, da LOSJ; g) a incompetência do tribunal constitui nulidade insanável, a qual pretende ver declarada pela instância superior, com a subsequente remessa dos autos ao tribunal competente, tudo mediante prévio reconhecimento da nulidade da diligência de busca e de todas as eventuais provas dele decorrentes; h) em caráter subsidiário, que seja reconhecida a almejada nulidade por carência de fundamentação da ordem ministerial; i) ainda em caráter subsidiário, que a diligência e seus frutos sejam nulificados por terem se verificado em escritório de advogado, sem a presença do juiz de instrução criminal, a quem incumbia presidir à diligência, e sem a presença de representante da Ordem dos Advogados; j) seguindo além dos diversos vícios já apontados, foram também apreendidos documentos sujeitos a sigilo profissional, sendo inverídica a alegativa de que os agentes públicos responsáveis pelas buscas não teriam devassado o local de trabalho e o computador do advogado que, inclusive, fazia arquivo nas restantes instalações e não apenas no seu posto de trabalho.

Em contrarrazões recursais, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do recurso, o qual fora admitido apenas no efeito meramente devolutivo, e quanto ao mérito, confirmou que as investigações versavam apenas sobre o crime de fraude fiscal, não incluído nos casos de competência do Tribunal Central de Instrução Criminal, tal como previstos no art. 120º da LOSJ. Nesse cenário existiam quatro questões a serem dirimidas pelo TRL, a saber: a) verificação de nulidade insanável por incompetência do TCIC; b) nulidade das diligências de busca e apreensão, por terem sido efetuadas em morada diferente daquela indicada na ordem ministerial, ou por carência de fundamentação da aludida ordem; c) nulidade das diligências de busca e apreensão, por terem sido realizadas em escritório de advogado, sem a presença do juiz de instrução e de representante da Ordem dos Advogados; d) nulidade da prova recolhida no decurso das diligências de busca e apreensão efetuadas em 06 de julho de 2021.

Enfrentando as questões postas, o TRL deliberou no sentido de que: a) segundo o inquérito respectivo, a investigação se voltava a apurar não apenas o delito de fraude fiscal, mas também o crime de branqueamento de capitais, e tal circunstância justificava a competência do TCIC; b) a lei não define o conceito de “infrações econômico-financeiras”, mas não se pode objetar que a “criminalidade econômico-financeira” é aquela que viola os bens jurídicos que emergem da regulação constitucional e legal da realidade econômico financeira, assim compreendida a obtenção, gestão e dispêndio de meios financeiros públicos; c) desta forma, no conceito de criminalidade econômico-financeira estão incluídos os delitos perpetrados contra ou pelo setor empresarial, público ou privado, bem como o direito

tributário, o direito fiscal, e a atividade bancária ou parabancária, bem assim a atividade das seguradoras e dos fundos e valores mobiliários; d) a conduta caracterizadora do crime de fraude fiscal qualificada gera prejuízo financeiro ao erário, eis que importa na redução de receitas tributárias, e por tal motivo integra o rol de infrações que compõem o conceito de criminalidade econômico-financeira; e) as evidências probatórias revelam que a fraude fiscal teria sido praticada de forma organizada e sistemática, chegando a ostentar dimensão internacional, ou mesmo transnacional; f) a expressão “de forma organizada”, tal como assinalada no art. 120º, nº 1, da LOSJ, e no art. 58º, nº 1, do EMP, traduz complexidade, tecnicidade, sofisticação e racionalidade dos meios e instrumentos utilizados no cometimento e na dissimulação do crime, e não necessariamente com a presença de uma associação criminosa permanente; g) para além disso, a dimensão internacional ou transnacional dos crimes deriva da circunstância de terem sido cometidos em mais de um Estado ou, tendo sido cometidos num único Estado, uma parte relevante da sua preparação, planeamento, direção ou controle terem ocorrido em outro Estado, ou ainda por envolver uma organização criminosa com atuação em mais de um Estado, ou mesmo que tais crimes produzam efeitos substanciais noutro Estado; h) a presença de meros indícios de que a atividade criminosa se verificou em comarcas pertencentes à área de competência de diferentes Tribunais da Relação já se mostra suficiente para justificar a competência do TCIC, relativamente ao inquérito; i) a busca em escritório de advogado é nula, se não for presidida pessoalmente pelo juiz, contudo, se a certidão emitida pelo Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados atesta que na data da diligência o advogado mencionado não tinha domicílio profissional na morada visada na ordem de busca, tampouco consta do registo da Ordem dos Advogados que ali fizesse arquivo, resulta evidente que a sala partilhada onde alegadamente se encontrava o posto de trabalho de advogado não pode ser considerada como escritório, tampouco como local de arquivo de advogado, e por tais motivos resta injustificada a formalidade fixada no art. 177º, nº 5, do CPP.

Por tais motivos, a 5ª Seção do TRL negou provimento ao recurso, e agiu muito bem ao fazê-lo. O que se percebe nitidamente é o manejo de um artil por parte da empresa arguida para tentar nulificar a prova legitimamente produzida na diligência. Ora, o que define o local ou locais da diligência não é a sede da empresa ou o domicílio do investigado, mas sim os motivos determinantes que revelam ao investigador que podem existir provas de materialidade em determinado local. Com efeito, a questão em exame nos remete à pertinente reflexão de Teresa Quintela de Brito sobre a “residência geral” da pessoa jurídica. Assinala a jurista lisboeta que “a sede das pessoas colectivas é a fixada pelos respectivos estatutos ou, na

falta de designação estatutária, o lugar em que funciona normalmente a administração principal. Contudo, adianta-se desde já, este não é o conceito jurídico-penalmente relevante para efeitos de busca às instalações da pessoa jurídica”²²²³.

Destarte, pouco importa se na data da diligência as empresas investigadas (cujas razões sociais já tinham sido suspeitamente alteradas) supostamente teriam mudado de domicílio. Por outro lado, resulta imperativo indagar que razões as empresas investigadas teriam para mudar de sede e não levar consigo seus arquivos documentais, equipamentos informáticos e sua mobília? A pergunta é meramente retórica, pois é evidente que as empresas investigadas não tinham alterado suas sedes, e lançaram mão de tal argumento apenas e tão somente para tentar “cavar uma nulidade”. Trata-se de argumento inidôneo e processualmente desleal. Outra estratégia observada foi o clássico artifício de tentar blindar o local da diligência através da pálida alegativa de que ali existia um escritório de advogado. De fato, pelas lúcidas razões apontadas pelo TRL, o argumento não passava de um sofisma, e restou desmascarado pelas informações da própria Ordem dos Advogados, segundo a qual não constava em seus registros que o advogado “Dr. GR” ali exercesse seu ofício ou mantivesse seus arquivos na data da diligência. Finalmente, seria muito inusitado que a empresa arguida tenha invocado a tese do segredo profissional, como se fosse possível preservá-lo adequadamente numa sala de exíguo espaço físico, pretensamente compartilhada com um diretor financeiro e uma secretária. Felizmente a trapaça não prosperou.

g) Acórdão STJ nº 2023/333.14.9TELSB.L1-3

O julgado a seguir examinado versa sobre os mesmos fatos relativos à “Operação Fizz”, e que foram escrutinados pelo TRL, em julgamento datado de 24 de novembro de 2021. Ocorre que o arguido Orlando Figueira não se deu por vencido após sua condenação ser confirmada em segunda instância, e por isso decidiu formalizar novo recurso perante o STJ de Portugal. Por tal motivo se mostra desnecessário reproduzir a base fática do caso, razão por que nos limitaremos a examinar os argumentos esgrimidos pelo recorrente, bem como a *ratio decidendi* do órgão julgador de terceira instância.

Com efeito, acerca das circunstâncias ensejadoras do acórdão STJ nº 2023/333/14.9TELSB.L1.S1, de 15 de maio de 2023, assinalou o eminente relator,

2223 BRITO, Teresa Quintela de. Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português. Ob. cit., p. 483-484.

Conselheiro Pedro Branquinho Dias²²²⁴, que: a) por acórdão da 3ª Seção do Tribunal de Relação de Lisboa, de 01 de junho de 2022, na parte que ora releva, foi decidido não conhecer da arguição da nulidade insanável invocada pelo arguido “AA” no requerimento que apresentou em 03 de março de 2022, e julgar improcedente a arguição de outra nulidade insanável invocada pelo mesmo arguido no requerimento apresentado em 21 de março de 2022; b) inconformado, decidiu o arguido interpor, em 03 de julho de 2022, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, asseverando basicamente que: b.1) embora inocente, desde 23 de fevereiro de 2016 o recorrente tem vivido um verdadeiro pesadelo, tem suportando sofrimentos de toda ordem, e tem percorrido um verdadeiro calvário; b.2) reafirma sua inocência, e pela última vez clama pela correção de um erro judiciário.

Quanto aos argumentos jurídicos explicitados no recurso dirigido ao STJ luso, foram fracionados em duas vertentes. Quanto à suposta nulidade insanável arguida em 03 de fevereiro de 2022, ponderou o recorrente que: a) tomou conhecimento de pleito de impedimento/recusa/afastamento formalizado pelo co-arguido “BB”, em dezembro de 2021, contra a nobre relatora do caso no TRL; b) segundo aquele requerimento, a aludida magistrada teria relações muito próximas, profissionais e de amizade, com o juiz que presidiu ao tribunal coletivo que realizou o julgamento do caso em primeiro grau, junto ao qual ele trabalhou durante vários anos, quando ainda atuavam ambos na instância primeira; c) também existem relações próximas entre da família “DD” com algumas das pessoas envolvidas diretamente nos fatos em causa, tais como o advogado “Dr. EE”, sua filha “Drª FF”, e do banqueiro “Dr. GG”, presidente do BPA na época dos fatos; d) tais circunstâncias constituem um motivo sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a imparcialidade da nobre relatora do caso junto ao TRL, e isto inevitavelmente afeta as garantias de defesa do arguido, na medida em que se põe em causa a imparcialidade, a independência e a isenção na apreciação do recurso; e) quando o recorrente teve ciência de tais suspeitas circunstâncias, já tinham se exaurido os prazos previstos nos arts. 41º e 44º do CPP, e por isso mesmo seria impossível retroceder no tempo para suscitar o impedimento ou recusa da nobre relatora de segundo grau; f) este foi também o entendimento do Colendo STJ, que através do acórdão de 12 de janeiro de 2022 reputou intempestivo o requerimento do “Dr. BB”, e por força disso negou-se conhecimento; g) ao contrário do que consignado no acórdão adversado, aquele acórdão do STJ apenas transitou em julgado na parte em que considerou extemporâneo o

2224 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. STJ nº 2023/333/14.9TELSB.L1.S1, de 15 de maio de 2023, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a38f50ffc5718c32802589b2005907b4?OpenDocument>. Acesso em: 23.06.2023.

requerimento do co-arguido “Dr. BB” e que buscava ver reconhecido o impedimento da douta relatora junto ao TRL, eis que em momento algum houve exame meritório do impedimento alegado; h) num Estado de Direito, como o lusitano, é inadmissível que recaiam fortes suspeitas sobre a imparcialidade de uma juíza que participa num tribunal coletivo, que isso afete a nobre função de julgar, e que ainda assim não seja susceptível de impugnação; i) uma vez ultrapassados os prazos para essa impugnação (CPP, arts. 41º e 44º), a única forma juridicamente apropriada para veicular a irresignação é aquela disposta no art. 119º, “a” do CPP, e que versa sobre violação das regras legais relativas ao modo de determinar a composição do tribunal de recurso; j) seria inconcebível que uma situação dessas passasse incólume, e que a nulidade dela decorrente não configurasse uma nulidade insanável; k) as regras legais para determinar a composição de um tribunal coletivo visam não apenas disciplinar distribuição equitativa dos feitos, mas também impor que o tribunal seja composto por juízes independentes, isentos e imparciais; l) é óbvio que não há nenhuma norma que diga expressamente que os juízes devem ser independentes e imparciais, como parece pretender o tribunal recorrido ao perquirir qual teria sido a regra preterida ou violada; m) a imparcialidade dos juízes é pressuposto da validade do processo; n) a nulidade insanável invocada perante o STJ não apenas se encontra apontada no art. 119º, “a”, do CPP, como ainda deve ser reconhecida de ofício, pela Corte, em respeito ao art. 120º do CPP.

Por outro lado, para emprestar lastro à pretensa nulidade insanável arguida em 21 de março de 2022, ponderou o recorrente que: a) o impedimento da juíza adjunta, que tomou parte no tribunal coletivo que julgou o caso em primeira instância, se deu porque a mesma participou numa busca realizada num escritório advocatício, cuja titular foi chamada aos autos da respectiva ação penal; b) pelo menos naquela ocasião a referida magistrada tomou conhecimento das razões de fato e de direito que ensejaram tal busca, bem como soube quem eram as pessoas envolvidas, a tipificação dos crimes e as demais informações; c) tal questão já tinha sido suscitada perante o TRL, por ocasião do recurso interposto contra a decisão da primeira instância, e já naquele momento foi assinalado que tal nulidade vulnerava os princípios constitucionais da legalidade, das garantias de defesa do arguido e do processo acusatório (CRP/76, arts. 29º, nº 4; 32º, nº 1 e 32º, nº 5), mas apesar disso, a Corte de segunda instância rejeitou o apelo; d) as razões da inconformação residiam e residem, fundamentalmente, na violação do princípio do acusatório, das garantias de defesa do arguido e nas garantias de imparcialidade do juiz resultantes da inexistência de qualquer impedimento que possa afetar essa imparcialidade.

A seguir, o Ministério Público junto do TRL respondeu ao recurso, em 04 de janeiro de 2023, ocasião em que suscitou a irrecorribilidade do acórdão em causa para o STJ, mas subsidiariamente pontuou que caso assim não fosse entendido, quanto ao mérito o recurso deveria restar improvido, seja por inocorrência de qualquer impedimento das doulas magistradas que tomaram parte no julgamento do caso em segunda instância, seja por inexistência de qualquer nulidade processual. Adiante, o douto Procuradora-Geral Adjunto junto ao TRL, em revide ao recurso do co-arguido “BB”, assinalou que a apreciação da conduta dos magistrados do Ministério Público e seus reflexos na acusação não constitui uma questão de conhecimento oficioso, e que resulta da simples leitura do acórdão adversado, e que o órgão julgador de segunda instância equacionou, apreciou e decidiu as concretas questões suscitadas pelo recorrente em sede de recurso, razão pela qual se impunha o indeferimento da invocada nulidade, por omissão de pronúncia.

Apreciando os novos pleitos de nulidade processual, pretensamente derivados de suspeição de duas magistradas do TRL, decidiu o Colendo STJ de Portugal que: a) o acórdão do TRL que indeferiu nulidades suscitadas pelo arguido é uma decisão que não conhece do objeto do processo, tratando-se de uma decisão incidental, sem autonomia, do acórdão proferido pelo mesmo tribunal que confirmou integralmente o acórdão do tribunal coletivo da primeira instância, que o havia condenado na pena única de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de prisão; b) havendo, assim, dupla conformidade, não seria admissível recurso para STJ, contra o acórdão do TRL que indeferiu as nulidades do arguido, sob pena de ser ilegitimamente contornada a lei processual que fixa os critérios de admissibilidade dos recursos penais dirigidos ao STJ; c) nesta conformidade, merece ser rejeitado o recurso interposto pelo arguido, por inadmissibilidade legal (CPP, art. 432º nº 1, alínea “b”, c/c art. 400º, nº 1, alíneas “c” e “f”), ficando assim prejudicada a apreciação meritória das questões nele levantadas; d) ainda que o recurso tenha sido reputado admissível perante o TRL, isto naturalmente não vincula o entendimento do STJ. Por tudo isso, o órgão julgador de última instância negou conhecimento ao apelo do arguido Orlando Figueira.

Conclusivamente, o que se observa no caso é uma tentativa do arguido, declaradamente desesperada, de reverter a qualquer custo uma condenação penal legítima, adequada e proporcional. A estratégia adotada foi tentar lançar suspeição contra a independência de duas magistradas de segundo grau, que nada mais fizeram senão cumprirem com seus deveres de ofício, e apreciar o recurso contra o julgamento do tribunal coletivo de primeiro grau. A tentativa de desqualificar o julgador tem sido usada como lamentável frequência, normalmente como derradeira forma de nulificar o resultado de ações penais que tramitaram

segundo o devido processo legal, e com absoluto respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse tocante, é sempre oportuno revigorar que ao suscitar com leviandade o impedimento ou a suspeição de um magistrado, o arguido lança-lhe a pecha de parcial e isto configura a ofensa máxima à honra de um julgador, pois o magistrado deve ser o primeiro árbitro (e o mais rigoroso) de sua independência e imparcialidade. Além disso, os limites da suspeição precisam ser rígidos, justamente para não dar lugar a criativas especulações cerebrinas de acusados em geral (especialmente aqueles que já foram condenados em duas instâncias).

Bem a propósito da questão, Ionilton Vale²²²⁵ relembra que, no âmbito do processo penal brasileiro, o instituto da suspeição se encontra disciplinado pelo art. 254 do CPP, sendo o seu rol taxativo, por não admitir interpretação analógica para ampliação de seus incisos. Adverte mais ser este o entendimento pacificado do âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, segundo se infere de precedente no qual aquela Corte declara que também as hipóteses legais de impedimento (CPP, art. 252) constituem *numerus clausus*, conforme precedentes (HC 92.893/ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12/12/08 e RHC 98.091/PB, 1.ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/4/10).

7.2.5 Casos no Brasil

Finalmente, no plano da jurisprudência brasileira, foram escolhidos seis casos de grande relevância, a saber: a) Caso “Banco Central”; b) Caso “Consultoria fantasma”; c) Caso “Oliveira Neves”; d) Caso “Márcio Thomaz Bastos”; e) Caso “Tacla Duran”; f) Caso “Fecomércio-RJ”. Todos eles tramitaram no âmbito da justiça federal, desde a primeira instância. Além disso, se reportam a diferentes tribunais regionais federais, e por isso mesmo assinalam prismas interpretativos nem sempre confluentes. Destaque-se ainda que o motivo de interesse em alguns desses precedentes foi o exame da teoria da “cegueira deliberada”, e em outros houve o exame dos contornos do crime de branqueamento de ativos, nos quais é possível verificar a aparente instabilidade da jurisprudência brasileira, especialmente quando as questões chegam ao patamar dos tribunais superiores, que infelizmente, nem sempre zelam pela higidez de sua própria jurisprudência.

2225 VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: Ação civil *ex delicto*, jurisdição e competência. Questões e processos incidentes. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 276-277.

a) Caso “Banco Central”

No final de semana compreendido pelos dias 06 e 07 de agosto de 2005, uma quadrilha especializada realizou um ousado furto contra a agência do Banco Central do Brasil, situada em Fortaleza/CE, a quinta maior capital brasileira, mas o crime só veio a ser descoberto na manhã da segunda-feira, e por seis anos permaneceu no topo do rol de crimes contra bancos brasileiros, eis que somente na madrugada de 28 de agosto de 2011 veio a ser superado, em volume subtraído, pelo furto praticado contra uma agência do Banco Itaú, em São Paulo, no bojo do qual foram levados cerca de R\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de reais), em joias e dinheiro, que se encontravam em 171 (cento e setenta e um) cofres particulares. Sucede que, no caso de Fortaleza, o planejamento da ação criminosa durou aproximadamente três meses, tempo estimado pela polícia federal, tendo em conta o peso das cédulas que compunham o volume de dinheiro furtado, nada menos que R\$164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões de reais).

Segundo as investigações da polícia federal²²²⁶, ainda em maio de 2005 a quadrilha alugou uma casa na Rua 25 de março, nº 1071, situada a menos de um quarteirão da agência bancária visada, e teriam alegado ao proprietário a intenção de ali montar uma loja de grama sintética. Os delinquentes costumavam usar uniformes, e uma vez ajustada a locação do imóvel, a partir dele começaram a escavar um túnel com 80 (oitenta) metros de comprimento, 70 (setenta) centímetros de largura e 04 (quatro) metros de profundidade, de modo que o trajeto para aquela ação criminosa ficasse abaixo das galerias de esgoto, mas acima do lençol freático. Além disso, a etapa final do túnel alcançava um poço que atravessava o piso de um metro de espessura de concreto maciço. O túnel foi revestido com lona e integralmente escorado com vigas de madeira, para evitar desabamentos, além do que dispunha de sistemas de ar-condicionado e iluminação elétrica. Estima-se que para a construção do túnel foram retirados do local cerca de 30 (trinta) toneladas de terra, material suficiente para encher seis caminhões, e aquela empreitada teria custado algo em torno de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais), contudo, o trabalho de escavação foi um pouco facilitado, pois o solo de Fortaleza é arenoso.

O piso do túnel foi construído em concreto, mas reforçado com aço, e os criminosos usaram não apenas britadeiras, como também máquinas próprias para cortar cerâmica, e máquinas com discos de diamante, revestidas e adaptadas para diminuir o barulho, e

2226 ESTADÃO. Os Toupeiras. A história do furto ao banco central, ago. 2015. Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/cidades/os-toupeiras-furto-banco-central/>. Acesso em: 28.06.2023.

provavelmente por isso não houve disparo de alarmes. É certo que os criminosos detinham conhecimentos especializados em engenharia, eletricidade, hidrogeologia e, supostamente obtiveram informações privilegiadas de alguém que trabalhava naquela agência do banco central. Por outro lado, as câmeras de segurança do local apenas filmavam as imagens, e não dispunham de um sistema de captação de áudio. Aliás, outros indícios de que a quadrilha contou com colaboração interna reside em duas circunstâncias: a) uma das câmeras principais já estava bloqueada por uma empilhadeira, b) o alvo da ação criminosa eram as cédulas com danos, destinadas à incineração, e que tinham sido recolhidas da rede bancária.

A quadrilha planejou variadas rotas de fuga, e com isso potencializou suas chances de êxito, tanto assim que até março de 2022 os agentes de persecução penal somente tinham conseguido recuperar cerca de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), cifra abandonada propositalmente por um membro da quadrilha chamado Roque, nas imediações da agência, com o objetivo de ganhar mais tempo para evadir do Ceará o restante do numerário obtido com a consumação daquele crime. A execução do crime teve início por volta das 18:00hs do dia 05 de agosto de 2005 e foi concluída ao giro das 12:00hs do dia seguinte, de modo que os criminosos tiveram cerca de 44 (quarenta e quatro) horas de vantagem para usar na fuga, e para dificultar a colheita de impressões digitais deixaram uma enorme quantidade de cal na saída da casa usada como base da quadrilha. Inicialmente, o dinheiro foi transportado em vans, as quais foram abandonadas durante a fuga, e outra estratégia adotada foi a divisão do bando em grupos que seguiram a diferentes regiões do Brasil. O primeiro grupo seguiu a Boa Viagem/CE, o segundo rumou para São Paulo, e os demais fugiram para os estados de Goiás, Piauí e Pará. E quanto ao dinheiro, seguiu oculto dentro de sacos de cereal acomodados em voos domésticos, dentro de malas, e ainda dentro de forros de veículos adquiridos ainda em Fortaleza.

Iniciadas as investigações, foi identificada a participação do indivíduo José Marleudo, cujas impressões digitais encontradas na casa alugada e utilizada como base da quadrilha. A partir dele houve a identificação de outros envolvidos. Além disso, a quadrilha cometeu outra falha que ajudou nos trabalhos investigativos. Com efeito, em 09 de agosto de 2005 alguns dos criminosos se dirigiram a uma agência de veículo denominada “Brilhe Car”, e lá compraram onze carros de uma só vez, os quais foram pagos à vista, e com “dinheiro vivo”²²²⁷.

2227 FERNANDES, Kamila. PF prende donos de revendedora por suposta ligação com assalto ao BC. In: Folha de S. Paulo, ago. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u111924.shtml>. Acesso em: 28.06.2023.

O comprador foi José Charles Moraes, dono de uma transportadora, e que veio a ser preso em Minas Gerais levando consigo onze carros num caminhão-cegonha. Nos forros de três desses automóveis foram encontrados nada menos que R\$6.000.000,00 (seis milhões) dos R\$164.000.000,00 (cento e sessenta e quatro milhões) que tinham sido furtados do Banco Central do Brasil. Outra evidência foi o número do telemóvel descoberto com o guiador do caminhão-cegonha, o qual coincidia com o número de um cartão de visitas localizado dentro do túnel. Ao final, foram formalmente acusados 36 (trinta e seis) indivíduos, 27 (vinte e sete) dos quais vieram a ser presos.

Foi precisamente por força das inusitadas condições de aquisição dos onze automóveis, ao custo de R\$980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), junto à “Brilhe Car”, e pagos em numerário em espécie, que foi aplicada no Brasil, pela primeira vez, a teoria da “cegueira deliberada”²²²⁸. Concluído o inquérito policial respectivo, o Ministério Público Federal (MPF) ofereceu a peça acusatória que deu início à Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0, que tramitou pelo juízo da 11ª Vara Federal de Fortaleza/CE. O Juiz Danilo Fontenelle relatou o caso em primeira instância, proferiu sentença em 28 de julho de 2007²²²⁹, e aplicou a teoria da cegueira deliberada sob o entendimento de que, pelas circunstâncias presentes no caso concreto (quase um milhão de reais pagos em espécie, na compra de onze veículos), os responsáveis pela concessionária teriam deliberadamente ignorado esse fato bastante incomum, isto com o propósito de tangenciar as suspeitas de que o dinheiro da compra dos veículos vinha de fonte espúria. Em função disso, os donos da concessionária foram condenados com base no art. 1º, § 2º, inciso I da Lei nº 9.613/98. Contudo, recorreram ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, onde conseguiram reverter a condenação, isto porque aquele órgão de segunda instância entendeu que seria necessária a configuração de dolo direto na conduta²²³⁰.

A 2ª Turma do TRF-5 decidiu, por unanimidade, acolher uma circunstância preliminar, e assim desconstituir a condenação dos dois empresários, tal como imposta em primeira instância. Segundo o relator, não havia provas de que, na ocasião da venda, os empresários

²²²⁸ O furto praticado contra o Banco Central do Brasil, em Fortaleza, ocasionou a subtração de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), por uma quadrilha composta por mais de 30 (trinta) membros.

²²²⁹ BRASIL. Juízo da 11ª Vara Federal do Ceará. Processo nº 2005.81.00.014586-0. Classe: 21 Ação Penal Pública. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Antônio Jussivan Alves dos Santos e outros. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 28.06.2023.

²²³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0, Relator: Desembargador Federal Francisco Barros Dias, julgado em 15.06.2010, DJE de 22.06.2010. p. 155. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 28.06.2023.

soubessem do crime e deveriam supor a origem ilícita do dinheiro. É certo que o MPF ainda interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, contra o acórdão da segunda instância, contudo, o relator denegou monocraticamente a irresignação recursal²²³¹.

Destaque-se, finalmente, que sobre a alegada falta de provas, o advogado Paulo César Feitosa, recentemente falecido²²³², e que atuou como defensor dos donos da “Brilhe Car”, admitiu em entrevista que seus clientes chegaram a desconfiar de que o dinheiro usado na compra simultânea dos onze veículos tivesse origem ilícita, mas perante a polícia federal o mesmo causídico sustentou que R\$980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais) não representava grande coisa para quem trabalhava no mercado de veículos²²³³.

b) Caso “Consultoria fantasma”

Outro caso a merecer referência é originário do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, o qual prolatou sentença penal condenatória nos autos da Ação Penal nº 0504466-15.2017.4.02.5101. Uma das protagonistas do caso foi Susana Neves Cabral, ex-esposa de Sérgio Cabral, ex-governador do Rio de Janeiro. Segundo as matérias jornalísticas veiculadas na época dos fatos, mesmo não tendo participado dos crimes antecedentes, Susana teria atuado decisivamente na lavagem de ativos de origem espúria, e por isso suportara a imputação de crime de branqueamento de capitais (art. 1º, § 4º da Lei nº 9.613/98), isto por ter recebido vantagens indevidas, através de pretensão contrato de consultoria por ela firmado com empresa fantasma de propriedade de Flávio Werneck, o qual foi acusado de praticar crimes de corrupção junto ao ex-governador Sérgio Cabral.

Segundo a peça acusatória do MPF do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral já era implicado em nove ações da Operação Lava Jato, mas havia voltado a praticar branqueamento de

2231 Os delitos previstos na Lei nº 9.613/98 só podem ser punidos se praticados com dolo, ainda que genérico. Somente é possível o enquadramento “nos crimes previstos nessa lei quando houver a consciência da ilicitude da conduta. Dessa forma, é necessário que o agente saiba da procedência ilícita do dinheiro em movimentação, não precisando que esse agente tenha absoluta certeza sobre o fato, mas apenas a consciência do ilícito. Será de suma importância que se verifique no caso concreto quais os processos que o agente utilizou para lavar o dinheiro oriundo de fontes ilícitas para que se verifique assim se o dolo (elemento subjetivo) está presente” (Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro, Série Pesquisas CEJ, 9, Conselho da Justiça Federal, pág 39). Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 22.07.2019.

2232 O então prefeito de Itaitinga, Paulo César Feitosa, morreu em 06 de agosto de 2022, aos 57 anos de idade, por força de um infarto. Apesar de ter sido socorrido para Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Eusébio, o político chegou ao local já sem vida (G1. Prefeito de Itaitinga, Paulo César Feitosa morre aos 57 anos, ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/08/06/prefeito-de-itaitinga-paulo-cesar-feitosa-morre-aos-57-anos.ghtml>. Acesso em: 28.06.2023)

2233 FERNANDES, Kamila. PF prende donos de revendedora por suposta ligação com assalto ao BC. Ob. cit., Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u111924.shtml>. Acesso em: 28.06.2023.

capitais²²³⁴, isto porque: a) utilizara a empresa “Survey Mar e Serviços” para dar aparência lícita ao pagamento de R\$1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais) de suborno; b) além de Cabral e Werneck, também teriam tomado parte no esquema criminoso as pessoas de Alberto Conde (contador da “FW Engenharia”), Susana Neves Cabral (ex-mulher de Sérgio Cabral), Maurício Cabral (irmão do ex-governador) e Carlos Miranda (um dos operadores do esquema); c) os pagamentos feitos pela “Survey” teriam ocorrido em contrapartida aos favorecimentos indevidos concedidos à empresa “FW Engenharia”, pertencente a Flávio Werneck, e que tinha contratos com o governo estadual do Rio de Janeiro durante a gestão de Sérgio Cabral; d) entre 2007 e 2014, o volume de contratos da aludida empresa teria crescido 3700% (três mil e setecentos por cento), isto por força da inclusão de obras expressivas, como a urbanização do Complexo de Manguinhos; e) o operador responsável pelo pagamento do suborno era Alberto Conde, verdadeiro dono da “Survey”, a qual funcionava em nome de dois “laranjas” (a filha e um ex-funcionário dele), e que tinha como atividade precípua o reparo e a manutenção de computadores; f) o próprio Alberto Conde admitiu que os dois “laranjas” não tinham qualquer relação com a atividade econômica supostamente exercida, tampouco ingerência sobre os pagamentos efetuados; g) os pagamentos eram feitos por orientação de Flávio Werneck, que depositava na conta da “Survey”, por meio da “FW Engenharia”, os valores que seriam depois repassados a outras empresas de fachada, dentre as quais a “Araras Empreendimentos”, pertencente a Susana Neves Cabral; h) entre outubro de 2011 e dezembro de 2013, o MPF teria identificado nada menos que 31 (trinta e um) depósitos bancários da “Survey” em favor da “Araras”, integralizando repasses da ordem de R\$1.266.975,00 (um milhão, duzentos e sessenta e seis mil, novecentos e setenta e cinco reais); i) fazendo uso do método de “*smurfing*”, os operadores do esquema realizavam transferências em valores fracionados, com parcelas que oscilaram entre R\$6.000,00 (seis mil reais) e R\$56.310,00 (cinquenta e seis mil, trezentos e dez reais); j) foi detectado igualmente o favorecimento do irmão do ex-governador mediante o depósito de um cheque emitido em 24 de novembro de 2011, pela “Survey” em favor da empresa publicitária “Estalo Comunicação”, no valor de R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), sendo tal empresa pertencente a Maurício Cabral; k) somente tal pagamento correspondia a quase a metade da receita bruta declarada pela “Survey” no ano de 2011; l) entre dezembro de 2011 e abril de 2012 foram feitos depósitos de quatro cheques na conta da “LRG Agropecuária”, pertencente a Carlos Miranda,

2234 CONSULTOR JURÍDICO. Por lavagem de dinheiro, MPF apresenta nova denúncia contra Sérgio Cabral, jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/lavagem-dinheiro-mpf-apresenta-denuncia-cabral>. Acesso em: 29.06.2023.

e que totalizaram a cifra de R\$193.850,00 (cento e noventa e três mil, oitocentos e cinquenta reais), mas havia indícios de que a mesma não passava de uma “empresa de fachada”, a qual era instrumentalizada apenas para “esquentar” recursos públicos desviados a partir da corrupção endêmica praticada pelo ex-governador fluminense.

Frise-se que a empresa responsável pela “consultoria fantasma” foi formalmente criada em 2007, mas somente no ano de 2013 ostentou um faturamento de R\$2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil reais). Curiosamente, após Cabral deixar o governo do Rio de Janeiro, em 2015 o faturamento declarado pela mesma empresa correspondeu a míseros R\$7.000,00 (sete mil reais). Outra evidência igualmente suspeita é o fato de que todas as empresas utilizadas nas transações possuem registro em endereços residenciais, com quadro de funcionários reduzido ou inexistente, e com movimentação financeira absolutamente incompatível com o capital social ou com a receita bruta declarada à Receita Federal.

Diante de tais circunstâncias, o MPF pugnou pela condenação de: a) Sérgio Cabral, Flávio Werneck e Alberto Conde, aos quais foi imputada a prática de 36 (trinta e seis) crimes de branqueamento, levados a cabo em três momentos; b) Susana Neves Cabral, por 31 (trinta e um) crimes de branqueamento; c) Maurício Cabral, por 01 (um) crime de branqueamento; d) Carlos Miranda, por 04 (quatro) crimes de branqueamento. Restou consignado na peça acusatória que “diante da grandiosidade do esquema criminoso, a presente denúncia não esgota todos os crimes de lavagem de dinheiro cometidos no Brasil, nem tampouco todos os fatos praticados pelo grupo, não representando arquivamento implícito quanto a pessoas ou fatos não denunciados, especialmente em razão de ainda estarem em curso diligências para identificação do destino dos recursos ilícitos angariados pela organização criminosa”.

Nesse cenário, o réu Sérgio Cabral veio a ser custodiado em 17 de novembro de 2017, por força de dois mandados de prisão preventiva, expedidos pelos juízos da 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro e da 13ª Vara Federal de Curitiba. Há relatos de que a ação conjunta dos dois órgãos julgadores visava aprofundar investigações sobre um esquema que envolvia o pagamento de propinas para a execução de obras públicas no Rio de Janeiro, tais como a reforma da “Arena Maracanã”, e a construção do “Arco Metropolitano”, os quais ensejaram enorme volume de recursos públicos desviados, e que naturalmente foram branqueados logo em seguida, graças a uma conjugação de ações criminosas por parte dos dirigentes de empreiteiras e políticos de alto escalão, sob a liderança do ex-governador fluminense, e que teriam gerado aos cofres públicos um prejuízo estimado em R\$220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais).

Duas semanas mais tarde, deu-se a prisão da advogada Adriana Ancelmo, esposa de Sérgio Cabral, e suspeita de haver usado seu escritório para lavar dinheiro repassado por empresas que obtiveram isenção fiscal junto ao governo do Rio de Janeiro, durante a gestão de Cabral. Em decorrência daquele ato de custódia preventiva, a advogada teve seu registro profissional suspenso por 90 (noventa) dias, mas ainda em 17 de março de 2018 a custódia preventiva foi convertida em prisão domiciliar, isto porque a acusada tinha dois filhos menores, que na época contavam apenas onze e quatorze anos de idade.

Embora o MPF tenha recorrido contra tal decisão, e tenha obtido uma tutela liminar junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a advogada permaneceu em prisão domiciliar, graças a outra liminar alcançada pela defesa junto ao STJ brasileiro. Na sequência, em 26 de abril de 2018, a 1ª Turma do TRF-2, por maioria, acatou recurso do MPF e revogou a prisão domiciliar da advogada, mas esta rapidamente manejou recurso de embargos infringentes e por isso permaneceu “presa em casa”.

Destaque-se, finalmente, que na fundamentação da sentença condenatória do juízo originário, o magistrado responsável pela causa ponderou que o responsável pelo branqueamento evita a consciência quanto à origem ilícita dos valores adquiridos e assume o risco de produzir o resultado, razão por que deve ser responsabilizado por atuar com dolo eventual. Agregou ainda que, ao fazerem “vista grossa” aos sinais evidentes da origem ilícita dos valores envolvidos, bem como à alta probabilidade da procedência espúria dos bens, valores e direitos envolvidos, ou se recusam a adquirir um conhecimento acerca da prática de um crime, alegando confiar cegamente nos demais envolvidos no esquema, os acusados atraem a incidência da teoria da “cegueira deliberada”. Além disso, o prolator da sentença invocou como precedente da jurisprudência brasileira a condenação emanada do “Caso Mensalão”²²³⁵.

c) Caso “Oliveira Neves”

Em 30 de junho de 2005 foi deflagrada a Operação Monte Éden, por força da qual a Polícia Federal brasileira efetuou a custódia de 24 (vinte e quatro) pessoas, dentre as quais advogados e empresários que estariam envolvidos em suposto esquema de blindagem

²²³⁵ O juiz da causa se valeu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que trouxe algumas concepções para incorporação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão” (BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Sentença. Ação Penal n.º 0504466-15.2017.4.02.5101. Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas. Rio de Janeiro. Julg. 03.12.2018. p. 14).

patrimonial, o qual seria levado a termo através de evasão de divisas, sonegação fiscal, falsificação de documentos e branqueamento de capitais, por meio de “laranjas” e empresa *offshores* sediadas no Uruguai. Segundo a investigação, somente no ano de 2004, cerca de 40 (quarenta) empresas teriam ocultado da Receita Federal um volume de R\$150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

A operação policial teve início simultâneo em sete estados brasileiros (São Paulo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul, Ceará, Pernambuco, Espírito Santo e Paraná), e contou com a participação de 500 (quinhentos) policiais federais e 50 (cinquenta) auditores federais, empenhados no cumprimento de 30 (trinta) ordens de prisão temporária, além de 80 (oitenta) ordens de busca e apreensão, todas autorizadas pelo juízo da 5ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro. Além disso, houve a colaboração do governo uruguaio, o qual forneceu dados sobre sociedades anônimas financeiras registradas em Montevidéu²²³⁶.

A investigação foi iniciada a partir de suspeitas levantadas em desfavor do empresário Antônio Carlos Chebabe, dono da Ubigás, e que teria sido preso em Campos dos Goytacazes/RJ, ainda em março de 2004, durante a Operação 1.203 (código para gasolina usado por transportadores). Na sequência, o Ministério Público formalizou denúncia contra Chebabe pelos delitos de sonegação fiscal e evasão de divisas para o exterior. Além disso, durante a apuração do caso ocorreram novas interceptações telefônicas e telemáticas, através das quais se descobriu que o escritório de Oliveira Neves operacionalizava uma rede criminosa.

Nas ditas interceptações foi apurado que Chebabe recebia orientação sobre a forma mais eficaz para blindar patrimônio e facilitar a sonegação de tributos, mediante a seguinte estratégia: a) o empresário interessado em ocultar seus ativos do fisco celebrava com os advogados um contrato no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais); b) o escritório se encarregava de criar uma *offshore*, ou alguma sociedade anônima financeira, ao custo aproximado de US\$3.500,00 (três mil e quinhentos dólares), normalmente no Uruguai, mas que poderia ser localizada em qualquer outro território considerado paraíso fiscal; c) a *offshore* se tornava acionista majoritária de alguma empresa de fachada aberta no Brasil em nome de algum laranja; d) o empresário realizava a venda fictícia de bens e equipamentos para a dita empresa fantasma; e) após a falsa venda era formalizado um contrato de aluguel igualmente falso, por força do qual o empresário poderia declarar despesas inexistentes; f) o

2236 MACEDO, Fausto. Arrastão da PF prende 24 advogados e empresários. In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, jul. 2005. Disponível em: <https://www.etco.org.br/etco-na-midia/arrastao-da-pf-prende-24-advogados-e-empresarios/>. Acesso em: 12.06.2023.

empresário beneficiário da tal blindagem patrimonial permanecia como proprietário dos ativos ficticiamente vendido através das ações ao portador que mantinha custodiadas em Montevidéu²²³⁷.

As prisões ocorreram majoritariamente em São Paulo, onde se deu a prisão do advogado Newton José de Oliveira Neves, indicado como um dos principais envolvidos no esquema. Segundo o Ministério Público Federal, Oliveira Neves teria lucrado aproximadamente R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) em 2004 realizando blindagens patrimoniais de seus clientes, e além dele foram presos Ana Cláudia Mello, Antônio Teixeira Araújo Júnior, Fernanda Duran de Souza e Cíntia Maceron, todos advogados integrantes da mesma banca. As diligências policiais também ocorreram em dois escritórios advocatícios de Campinas/SP (Aleixo Pereira e Alves Proença), além de um escritório de contabilidade. Um pouco mais ao sul, foram cumpridos dois mandados de prisão e três mandados de busca e apreensão em Maringá/PR, onde foi preso um contador que prestava serviços às empresas investigadas e também o diretor de uma empresa avícola da cidade.

Por outro lado, visando preservar documentos de outros clientes e que não tivessem qualquer relação com as investigações, o cumprimento dos mandados de busca e apreensão foi acompanhado por três membros do Ministério Público Federal, os quais mantiveram contato com a OAB/SP antes das seis da manhã, para cientificar à presidência da entidade corporativa sobre as buscas e prisões temporárias que seriam efetuadas. Entretanto, a entidade não quis acompanhar as diligências, embora tenha designado integrantes de sua comissão de defesa de prerrogativas para prestar assistência aos advogados investigados. Em paralelo, o então presidente da OAB/SP divulgou uma nota à imprensa, por meio da qual repudiou as diligências, as quais foram classificadas como invasões de escritórios de advocacia, e anunciou que seriam adotadas medidas jurídicas, dentre as quais a propositura de mandado de segurança coletivo, em caráter preventivo.

Na sequência dos acontecimentos foram impetrados diversos *habeas corpus* em favor dos investigados, e considerando as decisões denegatórias emitidas pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), a defesa de Oliveira Neves manejou o mesmo remédio constitucional perante o STJ brasileiro, postulando inclusive a concessão de tutela liminar, a qual restou denegada pela Ministra Laurita Vaz, e por isso ensejou a propositura, ainda em outubro de 2005, de outro *habeas corpus* junto ao STF, contrariando inclusive o teor da

2237 SCOCUGLIA, Livia. Justiça absolve advogados e clientes do Oliveira Neves. In: Consultor Jurídico, mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-11/advogados-clientes-oliveira-neves-nao-cometeram-evasao-decisao>. Acesso em: 12.06.2023.

Súmula nº 691 deste pretório, segundo a qual “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”²²³⁸. Contudo, ao apreciar meritoriamente o pedido a Quinta Turma do STJ concedeu a ordem por maioria, sob o entendimento de que os mandados de busca e apreensão e de prisão temporária teriam sido emitidos a partir de fundamentação genérica²²³⁹.

Adiante, em 06 de fevereiro de 2007, Oliveira Neves contabilizou nova vitória, eis que o STF acolheu um *habeas corpus* impetrado por um estagiário. Assim, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes foi ordenado o trancamento da ação penal outrora instaurada contra Oliveira Neves, mas apenas quanto ao delito de sonegação fiscal. Assim, permanecia íntegra a persecução penal relativamente aos delitos de falsidade ideológica, sonegação de contribuição previdenciária, evasão de divisas, gestão fraudulenta de instituições financeiras, frustração a direitos trabalhistas, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro²²⁴⁰.

Finalmente, em abril de 2014, o advogado Newton José de Oliveira Neves foi contemplado com sentença absolutória proferida pelo juízo da 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo, segundo o qual as provas que levaram aos apontamentos teriam sido colhidas ilegalmente. Ponderou a magistrada prolatora da sentença que a anulação das provas decorria do fato de que, ao apreciar o HC nº 149.008²²⁴¹, o STJ brasileiro havia declarado ilegal a Operação Monte Éden, isto sob o entendimento de que tais provas foram recolhidas no apartamento e no escritório do advogado, e tais ambientes seriam invioláveis²²⁴².

2238 PINHEIRO, Aline. Leia a íntegra do pedido de HC de Oliveira Neves ao STF. In: Consultor Jurídico, dez. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-dez-13/leia_pedido_hc_favor_oliveira_neves?pagina=15. Acesso em: 12.06.2023.

2239 MIGALHAS. Advogado Oliveira Neves tem *habeas corpus* concedido, fev. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/21368/advogado-oliveira-neves-tem-habeas-corpus-concedido>. Acesso em: 12.06.2023.

2240 MIGALHAS. STF ordena trancamento de uma ação penal contra Newton José de Oliveira Neves, fev. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/35817/stf-ordena-trancamento-de-uma-acao-penal-contranewton-jose-de-oliveira-neves>. Acesso em: 12.06.2023.

2241 “Habeas corpus. Inquérito policial. Possibilidade de, em tese, realizar-se busca e apreensão em escritório de advocacia. Medida que, todavia, não pode ser utilizada como início das investigações policiais. Ilegalidade. Ordem parcialmente concedida, tão somente para declarar imprestáveis os elementos colhidos na busca e apreensão realizada, sem prejuízo de que se instaure o devido inquérito policial e, se for o caso, proceda-se ao indiciamento do paciente, bem como sejam tomadas todas as medidas legais cabíveis” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 149008 PR 2009/0190819-0, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 17/06/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2010). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/15676341>. Acesso em: 12.06.2023.

2242 BRASIL. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Ação Penal nº 0003664-57.2007.4.03.6181. Sentença absolutória. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/titular-escritorio-advocacia-oliveira.pdf>. Acesso em: 12.06.2023.

Poucos meses mais tarde, em setembro de 2015, Oliveira Neves foi contemplado com nova sentença absolutória proferida pelo juízo da 10ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Ponderou aquele juízo que: a) as mensagens trocadas entre os acusados e interceptadas durante as investigações não configuram evasão de divisas ou sonegação fiscal, b) inexistia qualquer menção ou documentos que vinculasse as atividades desenvolvidas pelos empresários acusados à obrigatoriedade de prestar informações à Receita Federal do Brasil; c) mesmo que se admitisse a ocorrência de crime financeiro, a competência de análise seria do Banco Central, e não da Receita Federal; d) não teria sido concedida aos contribuintes a oportunidade de exercerem suas defesas no âmbito administrativo; e) inexistiriam nos autos documentos fiscais capazes de demonstrar a ocorrência de sonegação de informações. Acrescentou ainda que a situação se estendia a Oliveira Neves, eis que também não possuía o dever jurídico de prestar as informações à autoridade competente, mesmo que atuando na qualidade de advogado ou assessor. E quanto à abertura de empresa ou conta bancária no exterior, ou mesmo fornecimento de instrução para confecção de procuração ou elaboração de atas, isso não configuraria crime, na visão do magistrado prolator da sentença²²⁴³. Por certo ele desconhece, ou simplesmente resolveu ignorar deliberadamente o conteúdo do art. 9º, XIV da Lei nº 9.613/98, que ainda se encontra em plena vigência.

d) Caso “Márcio Thomaz Bastos”

Márcio Thomaz Bastos foi um prestigiado criminalista paulista graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, na turma de 1958, mas que atuou em seu primeiro júri ainda em 1957, na condição de solicitador. Foi presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, entre 1987 e 1989, e foi Ministro de Estado da Justiça, entre 2003 e 2007, contudo, após o desempenho desta última função pública voltou às lides forenses, ocasião em que atuou no patrocínio de interesses de réus de acentuado poder econômico, tais como um ex-presidente brasileiro e o médico Róger Abdelmassih, especialista em reprodução humana, e que foi condenado a penas que totalizaram 278 (duzentos e setenta e oito) anos de prisão, por estupros cometidos contra diversas pacientes. Contudo, há um fato que não costuma ser noticiado na biografia do jurista falecido em novembro de 2014.

2243 BRASIL. Juízo da 10ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Ação Penal nº 0003674-04.2007.4.03.6181. Sentença absolutória. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/titular-escritorio-advocacia-oliveira1.pdf>. Acesso em: 12.06.2023.

Marília Scriboni²²⁴⁴ pontua que, ainda em 28 de maio de 2012, um membro do Ministério Público Federal brasileiro ofertou, perante a Procuradoria da República de Goiás, uma representação criminal contra Thomaz Bastos por suposta prática de lavagem de dinheiro ou receptação culposa de recursos de atividades criminosas. Argumentou o autor da representação que a prática delitiva restara configurada no momento em que o criminalista e ex-Ministro da Justiça assumira a defesa de Carlinhos Cachoeira, e por seus serviços profissionais teria recebido nada menos que R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), em honorários advocatícios.

Aduziu ainda o autor da representação que havia indício de conduta criminosa, seja porque Cachoeira tinha uma renda declarada de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) por ano²²⁴⁵, seja porque a totalidade dos bens de Cachoeira se encontravam bloqueados, razão por que resultava lógica a inferência de que o aludido réu não dispunha de recursos de origem lícita para pagar honorários daquela envergadura. Advertiu ainda que escritórios de advocacia que recebem dinheiro ilícito acabam atuando como uma “grande lavanderia”, eis que: a) o exercício da advocacia não isenta o advogado, assim como qualquer profissional, de justificar que a renda recebida de seu trabalho provém de origem lícita; b) inexistia qualquer dispositivo legal que contemple o advogado com tal imunidade; c) se tal dispositivo existisse no ordenamento brasileiro isso converteria em letra morta a lei de lavagem de dinheiro, pois bastaria ao criminoso celebrar um contrato milionário com o advogado.

Assim, nessa ordem de ideias, Manoel Pastana sugeriu a quebra dos sigilos bancário e fiscal do representado, para evidenciar de que forma teriam sido pagos os vultosos honorários. Propôs ainda que a UIF brasileira, conhecida como Conselho de Atividades Financeiras (COAF), informasse eventuais movimentações ilegais de dinheiro do exterior, nos termos do artigo 14, § 2º e 15, ambos da Lei nº 9.613/98. Em resposta inicial, Thomaz Bastos argumentou, por meio de nota à imprensa, que repudiava as ilações do autor da representação criminal, as quais representariam um retrocesso autoritário e uma ‘tentativa de intimidação’²²⁴⁶.

Em todo caso, cumpre observar que o contexto fático da acusação evidenciava que Cachoeira integrava uma organização criminosa voltada a pilhar os cofres públicos, através de

2244 SCRIBONI, Marília. Procurador propõe representação contra Thomaz Bastos. In: Consultor Jurídico, mai. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/procurador-thomaz-bastos-seja-processado-receber-honorarios>. Acesso em 08.06.2023.

2245 CARTA CAPITAL. A origem do dinheiro, jun. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/a-origem-do-dinheiro/>. Acesso em: 08.06.2023.

2246 PARA ENTENDER DIREITO. Thomaz Bastos: advogado que é pago com dinheiro do crime pratica receptação? mai. 2012. In: Portal UOL. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/thomaz-bastos-advogado-que-pago-com-dinheiro-do-crime-pratica-receptao>. Acesso em: 08.06.2023.

contratos superfaturados de obras públicas, os quais eram conquistados mediante a corrupção passiva de agentes públicos, os quais recebiam propina de forma dissimulada, através de “empresas fantasmas”, sendo forçoso admitir que tal contexto fático atraía, pelo menos em tese, a incidência da Lei nº 9.613/98, mesmo antes da reforma que eliminou o rol específico de crimes antecedentes.

Demais disso, mesmo que não se admitisse a ocultação de vantagem financeira ilícita mediante criminosas operações de conversão dos numerários alcançados criminosamente, não se pode ignorar que, segundo o art. 180 do CPB, as condutas consistentes em adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte, constitui crime de receptação, segundo o ordenamento brasileiro. Por outro lado, o §3º do mesmo dispositivo salienta que adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso. *Mutatis mutandi*, será receptador aquele que sabe que a coisa recebida é fruto de um crime, ou mesmo aquele que deveria suspeitar de tal origem inidônea.

Ora, conquanto o próprio Cachoeira declarasse à Receita Federal rendimentos anuais de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), restava evidente, inclusive sob o prisma aritmético, que os R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais), ajustados a título de honorários advocatícios, não tinham fonte limpa. Na época dos fatos foram detectados indícios de que o pagamento de um terço da cifra ajustada teria ocorrido no exterior, através Giovanni Pereira da Silva, então tesoureiro de Cachoeira, e que se encontrava foragido no exterior. Contudo, o certo é que o mérito da multicitada representação criminal ofertada por Pastana jamais chegou a ser judicialmente dirimido, eis que o criminalista Thomaz Bastos veio a falecer em 20 de novembro de 2014, e com sua morte restou extinta eventual punibilidade.

e) Caso “Tacla Duran”

Em 10 de novembro de 2016 a Polícia Federal brasileira deflagrou a 36ª (trigésima sexta) fase da Operação Lava Jato, a qual foi batizada como “Operação Dragão”, e que teve lugar em cidades dos estados do Paraná, São Paulo e Ceará, tendo por escopo apurar o branqueamento de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) de origem espúria. Foram cumpridos 16 (dezesesseis) mandados de busca e apreensão e 02 (dois) mandados de prisão preventiva, os quais tinham como destinatários o empresário Adir Assad (que já estava

recolhido na carceragem da Polícia Federal em Curitiba, por força de outra ação penal anterior), e o advogado Rodrigo Tacla Duran (que se encontrava no exterior).

Segundo o MPF, tais indivíduos seriam responsáveis pela lavagem de dinheiro. E dentre os mandados de busca e apreensão, alguns tiveram por alvo a Concessionária Econorte, em Londrina/PR, e a Construtora Triunfo, em Curitiba/PR. É certo que Adir Assad já suportava uma condenação criminal derivada de uma fase anterior da Operação Lava Jato, a qual tinha lhe rendido uma pena de 09 (nove) anos e 10 (dez) meses de prisão por branqueamento de capitais e associação criminosa. Sua primeira prisão ocorreu ainda em março de 2015, entretanto, em dezembro do mesmo ano o STF lhe concedeu o direito a permanecer em prisão domiciliar. E na sequência, em 19 de agosto de 2016 foi reconduzido ao cárcere por força de nova ordem de prisão preventiva emitida pelo juízo de primeiro grau²²⁴⁷.

E quanto ao advogado Rodrigo Tacla Duran, que já respondia às imputações de lavagem de dinheiro e associação criminosa em uma ação penal pretérita, pesavam indícios de que teria recebido repasses financeiros fraudulentos de Olívio Rodrigues Júnior e Walmir Santana. Segundo a peça acusatória do Ministério Público, Tacla Duran recebera repasses de empreiteiras, os quais eram sacados em espécie para corromper agentes públicos, sobretudo dirigentes da Petrobras. Narrou o delator Olívio Júnior que havia sido contratado como chefe do setor de “operações estruturadas” (departamento de propinas, segundo inúmeras matérias jornalísticas da época) da Odebrecht, onde atuara de 2006 a 2015, tendo por missão prestar serviço à área internacional e fazer pagamentos não contabilizados da empresa. O mesmo delator sustentou, entretanto, que desconhecia quem eram os beneficiários dos pagamentos, mas admitiu em depoimento judicial que conhecia pessoalmente Tacla Duran, e que o mesmo teria atuado como um dos doleiros da Odebrecht, por intermédio de Fernando Migliaccio, o qual seria o responsável pelas entregas em dinheiro vivo do aludido departamento de propinas da empreiteira, e acompanhava a contabilidade de uma espécie de conta corrente mantida entre a Odebrecht e Tacla Duran²²⁴⁸.

Os órgãos de persecução penal assinalaram indícios de que os operadores do esquema criminoso faziam uso de contas bancárias em nome de *offshores* no exterior, se valiam de empresas de fachada, e ainda celebravam contratos fictícios, nos quais figuravam diversas pessoas jurídicas controladas pelo advogado. Aduziu o Ministério Público que Tacla Duran

2247 G1. PF deflagra 36ª fase da Lava Jato e mira dois suspeitos de lavagem, nov. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/11/policia-federal-cumpre-novos-mandados-da-lava-jato.html>. Acesso em: 12.06.2023.

2248 ÉPOCA NEGÓCIOS. Alvos da Operação Dragão lavaram R\$ 50 milhões, diz Procuradoria, nov. 2016. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/11/epoca-negocios-alvos-da-operacao-dragao-lavaram-r-50-milhoes-diz-procuradoria.html>. Acesso em: 12.06.2023.

teria recebido repasses destinados ao pagamento de propinas entre 2011 e 2013, nos valores seguintes: a) R\$9.104.000,00 (nove milhões, cento e quatro mil reais), da UTC Engenharia; b) R\$25.500.000,00 (vinte e cinco milhões e quinhentos mil reais), da Mendes Júnior Trading Engenharia; c) R\$18.000.000,00 (dezoito milhões de reais), de outras empresas também contratadas pela administração pública naquela época; d) R\$24.310.320,37 (vinte e quatro milhões, trezentos e dez mil, trezentos e vinte reais e trinta e sete centavos), de Adir Assad.

Quanto aos crimes subjacentes, esclareceu o Ministério Público Federal que eram essencialmente corrupção ativa, corrupção passiva, associação criminosa e peculato, os quais teriam como protagonistas agentes públicos encarregados da gestão das concessões rodoviárias federais no Paraná. Vale observar que na fase imediatamente anterior da Operação Lava Jato, designada como “Omertà”, tinham sido presos Antônio Pallocci (ex-Ministro de Estado), Juscelino Antônio Dourado (ex-secretário da Casa Civil) e Branislav Kontic (assessor do ex-ministro em 2006). Naquela 35ª (trigésima quinta fase) se apuravam os indícios de que Pallocci e Branislav teriam recebido propinas entre 2006 e 2013, para que influenciassem nas decisões tomadas pelo governo federal.

Logo na sequência do cumprimento das ordens de prisão temporária e dos mandados de busca e apreensão, a defesa de Adir Assad, adotou postura cautelosa e informou que ainda estava tomando conhecimento dos termos da acusação. As defesas da Triunfo e da Econorte, empresas independentes, mas comandadas pelos mesmos controladores, argumentaram que desconheciam qualquer ligação entre tais pessoas jurídicas e os objetivos da operação, mas garantiram que prestariam colaboração junto às autoridades.

Entretanto, Tacla Duran resolveu que a melhor defesa seria o ataque. Com efeito, ainda em 14 de julho de 2016, Duran teria efetuado uma transferência de US\$613.000,00 (seiscentos e treze mil dólares) para a conta do advogado Carlos Zucolotto, o qual o representaria num acordo de colaboração premiada. Aduziu ainda que um dia após efetuar o pagamento seu advogado teria recebido uma minuta do acordo, em papel timbrado do Ministério Público Federal, com o nome dos procuradores envolvidos e as condições negociadas com Zucolotto nos autos do Processo nº 5019961-43.2017.4.04.7000. Entretanto, após se refugiar na Espanha (por força de sua dupla nacionalidade), o advogado asseverou numa entrevista concedida a Jamil Chade, que teria efetuado tal pagamento para não ser preso, mas como não realizou o segundo pagamento, o juiz do caso teria decretado sua custódia preventiva.

É certo que Tacla Duran chegou a ser preso em Madri ainda em novembro de 2016²²⁴⁹, mas ao cabo de três meses foi contemplado com liberdade provisória, e permaneceu residindo na Península Ibérica. Passados alguns anos da Operação Dragão, e se sentindo suficientemente seguro diante da nova conjuntura brasileira que esvaziou a Operação Lava Jato, Tacla Duran buscou revigorar suas acusações aparentemente revanchistas. Para tanto, o réu Duran se valeu de um salvo-conduto concedido pelo STF em 06 de março de 2023²²⁵⁰, para que pudesse ser ouvido na Câmara dos Deputados, em Brasília/DF, em 19 de junho de 2023.

Além disso, o multicitado réu foi ouvido em 27 de março de 2023 pelo juiz Eduardo Fernando Appio, então titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, e na ocasião alegou ter sofrido um crime de extorsão, pretensamente praticado por integrantes da força-tarefa do Ministério Público Federal. Diante disso, o juiz Appio declinou da competência e determinou a remessa do processo ao STF, eis que algumas das pessoas acusadas por Tacla Duran atualmente são parlamentares federais, mas além disso, determinou que Tacla Duran fosse inserido no programa de proteção a testemunhas²²⁵¹.

Finalmente, e para que se possa avaliar o atual nível de contaminação ideológica que incide no caso, o juiz Appio foi afastado de suas funções por decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, após se tornar pública a notícia de que ele havia ameaçado o advogado João Eduardo Malucelli, filho do Desembargador Marcelo Malluceli. A ameaça teria se dado através de uma ligação telefônica, na qual Appio se apresentou como “Fernando Gonçalves Pinheiro”, e disse ser funcionário do setor de saúde da Justiça Federal. Sucede que a ligação foi gravada pelo advogado intimidado, e tal gravação foi periciada pela Polícia Federal, a qual confirmou que a voz seria realmente de Appio, que ganhou notoriedade na mídia após ser descoberto que ele utilizava a senha “LUL2022” para acessar sistemas de tribunais. Além disso, a perícia constatou que Appio teria acessado o processo judicial relacionado às acusações de Tacla Duran, em 13 de abril de 2023, por duas vezes, e em um horário muito próximo à ligação telefônica suspeita. Tal circunstância também foi levada em conta pelo

2249 OLIVEIRA, Kelly. Advogado alvo da Lava Jato é preso na Espanha. In: Agência Brasil, nov. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/advogado-alvo-da-lava-jato-e-preso-na-espanha>. Acesso em: 12.06.2023.

2250 RICHTER, André. Toffoli autoriza depoimento de Tacla Duran na Câmara. Advogado mora na Espanha e responde a processo por lavagem de dinheiro. In: Agência Brasil, jun. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-06/toffoli-autoriza-depoimento-de-tacla-duran-na-camara>. Acesso em: 12.06.2023.

2251CONSULTOR JURÍDICO. Tacla Duran implica Moro e Dallagnol em suposta extorsão; caso vai ao STF, mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-27/tacla-duran-sofreu-tentativa-extorsao-moro-dallagnol>. Acesso em: 12.06.2023.

Desembargador Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, corregedor regional da Justiça Federal da Quarta Região²²⁵².

f) Caso “Fecomércio-RJ”

Em 24 de agosto de 2020 o Ministério Público Federal apresentou denúncia ao juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro contra 26 (vinte e seis) réus, sendo 24 (vinte e quatro) deles advogados²²⁵³. A peça acusatória noticia o desvio de R\$355.000.000,00 (trezentos e cinquenta e cinco milhões de reais) do “Sistema S”²²⁵⁴, e mais de 40% (quarenta por cento) de tal cifra seria oriunda de instituições do estado do Rio de Janeiro e da Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro. O inusitado é que o vultoso numerário teria sido

2252 ESTEVES, Eduarda; TAVARES, Gabriel; WANDERLEY, Ed. Lava Jato: Juiz Eduardo Appio é afastado cautelarmente pelo TRF-4. In: UOL Notícias, mai. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/22/eduardo-appio-trf-4.htm>. Acesso em: 12.06.2023.

2253 Quem são os 26 investigados que viraram réus: 1) Adriana Ancelmo – advogada e sócia do escritório Ancelmo Advogados; 2) Ana Tereza Basílio – advogada e sócia do escritório Basílio, Di Marino e Faria Advogados Associados (atual Basilio, Di Marino e Notini Advogados Associados); 3) Antônio Augusto de Souza Coelho – advogado e sócio do escritório Advocacia Gonçalves Coelho; 4) Caio César Vieira Rocha – advogado e sócio do escritório Cesar Asfor Rocha Sociedade de Advogados; 5) Cristiano Rondon Prado de Albuquerque – auditor de controle externo do Tribunal de Contas da União; 6) Cristiano Zanin Martins – advogado e sócio do escritório Teixeira, Martins & Advogados; 7) Daniel Beltrão de Rossiter Correa – advogado e sócio do escritório Rossiter Advocacia; 8) Edgar Hermellino Leite Júnior – advogado e sócio do escritório do Edgard Leite Advogados Associados; 9) Eduardo Filipe Alves Martins – advogado e sócio do Escritório de Advocacia Martins; 10) Eurico de Jesus Teles Neto – advogado e sócio do Eurico Teles Advocacia Empresarial; 11) Fernando Lopes Hargreaves – advogado e sócio do Hargreaves & Advogados Associados; 12) Flávio Diz Zveiter – advogado e sócio do Escritório de Advocacia Zveiter; 13) Francisco Cesar Asfor Rocha – advogado e sócio do César Asfor Rocha Sociedade de Advogados; 14) Hermann de Almeida Melo – advogado e sócio do escritório Almeida & Teixeira Advogados Associados; 15) Jamilson Santos de Farias – advogado e sócio do escritório Farias Advogados Associados; 16) João Cândido Ferreira Leão – advogado e sócio do escritório Ferreira Leão Advogados Associados; 17) José Roberto de Albuquerque Sampaio – advogado e sócio do escritório José Roberto Sampaio Sociedade de Advogados; 18) Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira – advogado e sócio do escritório Leonardo Henrique Magalhães Oliveira Advogados (LH Oliveira Advogados); 19) Marcelo Henrique de Oliveira – advogado e sócio do escritório Oliveira & Brauner (Oliveira Advogados Associados); 20) Marcelo José Salles de Almeida – advogado e ex-diretor regional do Sesc e do Sena Rio; 21) Marcelo Rossi Nobre – advogado e sócio do escritório Marcelo Nobre Sociedade Individual de Advocacia; 22) Orlando Santos Diniz – colaborador, advogado e ex-presidente da Fecomércio/RJ e do Sesc e do Senac Rio; 23) Roberto Teixeira – advogado e sócio do escritório Teixeira, Martins & Advogados; 24) Sérgio Cabral, ex-governador do Estado do Rio de Janeiro; 25) Tiago Cedraz Leite Oliveira – advogado e sócio do escritório Oliveira, Moares & Silva Advogados; 26) Vladimir Spíndola Silva – advogado e sócio do Silva Advogado – Sociedade Individual de Advocacia (BRASIL. Ministério Público Federal. Denúncia oferecida ao Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro em 24.08.2020. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/09/denuncia-esquema-S_Ocultado_compressed.pdf. Acesso em: 05.06.2023).

2254 “Sistema S: Termo que define o conjunto de organizações das entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica, que além de terem seu nome iniciado com a letra S, têm raízes comuns e características organizacionais similares. Fazem parte do sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); e Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac). Existem ainda os seguintes: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); e Serviço Social de Transporte (Sest)” (BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>. Acesso em 12.06.2023).

desviado através de escritórios de advocacia, pertencentes a proeminentes causídicos, dentre os quais um ex-presidente do STJ brasileiro, um filho de membro ativo do mesmo STJ, e um advogado que, poucos anos mais tarde, foi indicado e tomou assento no STF brasileiro.

Segundo as investigações do Ministério Público Federal, entre setembro de 2012 e março de 2013, o então advogado Cristiano Zanin Martins e seu sogro, o também advogado Roberto Teixeira (com quem mantinha sociedade), teriam celebrado quatro contratos suspeitos com a Fecomércio-RJ. Aduziram os órgãos de persecução penal que os contratos seriam apenas um artifício para justificar o pagamento de régua remuneração para que os contratados atuassem como lobistas junto ao presidente do conselho fiscal do Serviço Social do Comércio (SESC). Acrescentou ainda o Ministério Público Federal que Zanin, até fevereiro de 2014, ainda teria intermediado a contratação de Eduardo Martins, Vladimir Spíndola e Ana Basílio, todos advogados, dentre os quais os dois últimos teriam sugerido a contratação de José Roberto Sampaio e Marcelo Henrique de Oliveira, também advogados, e que teriam a missão de influenciar julgamentos a cargo de Orlando Diniz, ex-presidente da Fecomércio-RJ. Na sequência dos acontecimentos, entre março de 2015 e julho de 2016, novos causídicos teriam se unido ao rol de pretensos lobistas regamente recompensados. Seriam eles os advogados Tiago Cedraz, Eurico Teles, João Cândido Ferreira Leão, Flávio Zveiter, César Asfor Rocha, Caio César Vieira Rocha e Marcelo Nobre.

A propósito da cronologia dos fatos, foi assim detalhada pelo órgão acusador: a) em setembro de 2012, após ter pago R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) não contabilizados, se valendo da *expertise* do doleiro Álvaro Novis, o réu Orlando Diniz celebrou, em nome da Fecomércio-RJ, o primeiro contrato de serviços advocatícios com Roberto Teixeira e Cristiano Zanin, sendo o segundo contrato ajustado em dezembro de 2012, e mais um terceiro em janeiro de 2013, os quais renderam pagamentos da ordem de R\$12.000.000,00 (doze milhões de reais), para que, em troca, os contratados influenciassem Carlos Gabas, então presidente do conselho fiscal do SESC, em favor do contratante; b) em março de 2013 Teixeira e Zanin recomendaram que a Fecomércio-RJ contratasse Vladimir Spíndola, ao custo de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais), e em troca da missão de influenciar decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), onde teria atuado para corromper o auditor Cristiano Albuquerque Rondon, em colaboração com Edgar Leite e Leonardo Henrique de Oliveira, os quais colhiam informações privilegiadas sobre movimentações processuais e orientava sobre possíveis estratégias de defesa; c) em fevereiro de 2014, Teixeira e Zanin sugeriram a contratação de Ana Basílio ao custo de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais); d) em fevereiro de 2014 Zanin recomendou a contratação de Eduardo Martins, para que

influenciasse em decisões no âmbito do STJ brasileiro, onde tem assento seu genitor, e por tal tarefa o mais novo contratado teria recebido, diretamente ou por terceiros (Daniel Rossiter, Hermann de Almeida Melo, Jamilson Santos de Farias, Antônio Augusto Coelho e Marcelo Henrique Oliveira), entre dezembro de 2015 e maio de 2016, mais de R\$82.000.000,00 (oitenta e dois milhões de reais), salientando-se que aproximadamente 94% (noventa e quatro por cento) desse montante teriam sido pagos com dinheiro público federal, além do que certa parcela da vultosa cifra teria migrado para contas de Caio César Vieira Rocha e César Asfor Rocha, o qual atualmente é advogado militante, mas já foi presidente do STJ brasileiro; e) em maio de 2014, e contando com a autorização de Zanin, a advogada Ana Basílio teria intermediado a contratação do advogado José Roberto Sampaio, ao preço de R\$1.652.000,00 (um milhão, seiscentos e cinquenta e dois mil reais); f) em novembro de 2014, após o aval de Zanin e seu sogro, teria se verificado a contratação de Marcelo Henrique de Oliveira, com a missão de influenciar em decisões do TCU, e pela tarefa teria embolsado R\$975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais); g) em março de 2015, graças à intermediação de Sérgio Cabral, que governou o estado do Rio de Janeiro até abril de 2014, teria ocorrido a contratação do advogado Tiago Cedraz, ao custo de R\$16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais), o qual reforçaria o time de supostos lobistas da Fecomércio-RJ junto ao TCU; h) em abril de 2015, graças a pedido de Ana Basílio, teria se dado a contratação de Eurico Teles, ao preço de R\$5.582.000,00 (cinco milhões, quinhentos e oitenta e dois mil reais); i) em dezembro de 2015, em razão de pedido feito por Adriana Ancelmo, esposa de Sérgio Cabral, teria se operado a contratação de João Cândido Ferreira Leão, ao preço de R\$11.050.000,00 (onze milhões e cinquenta mil reais), pagos com recursos públicos federais que vieram a ser partilhados com o ex-magistrado César Asfor Rocha; j) entre janeiro e abril de 2016 o advogado Flávio Zveiter teria recebido R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), originários do erário federal, e por força de um contrato assinado com data retroativa; k) em julho de 2016 a advogada Adriana Ancelmo voltou a interceder junto à Fecomércio-RJ, desta feita em prol da contratação de Marcelo Nobre, ao custo de R\$47.200.000,00 (quarenta e sete milhões e duzentos mil reais), para que este reforçasse o time de lobistas da entidade contratante junto ao TCU²²⁵⁵.

2255 BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Denúncia ofertada em 24.08.2020 ao juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.poder360.com.br/justica/denuncia-do-mpf-indica-ligacao-entre-zanin-filho-de-presidente-do-stj-e-sistema-s/#:~:text=A%20den%C3%Bancia%20resultou%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o,Janeiro\)%20por%20escrit%C3%B3rios%20de%20advocacia](https://www.poder360.com.br/justica/denuncia-do-mpf-indica-ligacao-entre-zanin-filho-de-presidente-do-stj-e-sistema-s/#:~:text=A%20den%C3%Bancia%20resultou%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o,Janeiro)%20por%20escrit%C3%B3rios%20de%20advocacia). Acesso em: 12.06.2023.

A detalhada peça acusatória contou com nada menos do que 510 (quinhentas e dez) laudas, e em seu bojo reproduziu diversos documentos que serviam de lastro àquela persecução penal. Recebida formalmente a denúncia ministerial, o juízo de primeiro grau emitiu 51 (cinquenta e um) mandados de busca e apreensão, os quais foram cumpridos no Distrito Federal, e nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Alagoas, Ceará e Pernambuco. Todavia, ainda em 03 de outubro de 2020, e a partir da Reclamação nº 43.479, o Ministro Gilmar Mendes concedeu tutela liminar para suspender “tão incômoda ação penal”²²⁵⁶. Em seguida, inobstante os votos contrários dos ministros Edson Fachin e André Mendonça, a Segunda Turma do STF anulou todas as decisões proferidas pelo juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, sob o entendimento de que, sendo a Fecomércio uma entidade privada, a competência para investigá-la seria do judiciário estadual. Assim, em abril de 2022 a ação penal foi redistribuída à 1ª Vara Criminal Especializada da Comarca do Rio de Janeiro, a qual deliberou por sepultar a investigação contra todos os réus, dentre os quais apenas dois não eram advogados. Segundo o prolator da “libertadora sentença” teria existido uma tentativa de criminalizar o exercício da advocacia²²⁵⁷.

Finalmente, não é possível deixar de assinalar que as normas brasileiras que fixam a competência em matéria processual (tanto no processo civil quanto no processo penal) se encontram dispostas em legislação federal, e não na CF/88. Por outro lado, por dicção expressa do art. 105, III, da CF/88 incumbe ao STJ do Brasil dar a última palavra em tema relativo à interpretação de leis federais. Como se isso não fosse suficiente, a jurisprudência do STJ brasileiro é repleta de arestos segundo os quais problemas relacionados ao repasse de verbas federais em prol de entidades privadas atrai a competência da justiça federal, especialmente em matéria penal²²⁵⁸. Por fim, o próprio STF também contabiliza inúmeros

2256 CONSULTOR JURÍDICO. 2ª Turma do STF anula denúncia do MPF na ação da Fecomércio do Rio, nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-24/turma-stf-anula-denuncia-mpf-acao-fecomercio-rio>. Acesso em: 12.06.2023.

2257CONSULTOR JURÍDICO. Por falta de justa causa, juiz extingue processo contra advogados da Fecomércio, abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-06/juiz-extingue-processo-advogados-fecomercio-rio>. Acesso em: 12.06.2023.

2258 Agravo regimental em conflito de competência. Ação penal. Fraude em licitação municipal para compra de material médico-hospitalar. Desvio de verbas do Sistema Único de Saúde (SUS). Interesse da União. Fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Súmula nº 208/STJ. Competência federal. Negado provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC: 169033 MG 2019/0317223-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 13/05/2020, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/05/2020. No mesmo sentido: STJ. RMS: 56135 SP 2017/0327031-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/09/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2019; STJ. REsp: 1513925/BA 2014/0213491-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2017; STJ. AgRg no CC: 122555/RJ 2012/0097833-4, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 14/08/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 20/08/2013).

precedentes que apontam nesse mesmo sentido²²⁵⁹. Apesar de tudo isso, no caso do “E\$quema S” o entendimento de órgão de cúpula do judiciário brasileiro foi em sentido diametralmente oposto à sua própria jurisprudência. Para alguns isso pode ser interpretado como evidência de uma jurisprudência dinâmica, mas sempre é possível extrair interpretações de outro cariz.

7.3 Reflexões críticas e conclusões provisórias

Com o propósito de sintetizar as ideias primordiais tratadas neste capítulo, assinalamos adiante as seguintes conclusões provisórias:

01) No âmbito da jurisprudência norte-americana se observa que a teoria da cegueira deliberada se encontra sedimentada, e nela se observa uma tendência em reconhecer à “cegueira deliberada” duas acepções distintas: a) um estado anímico situado entre *knowledge* e *recklessness*, b) uma autêntica estratégia do agente para tentar mascarar seu conhecimento seguro (obtido por inferências lógicas) sobre a natureza delitiva de sua conduta.

02) Após perceber que já não têm sido acolhidas pela jurisprudência continental os argumentos voltados a legitimar o recebimento de honorários maculados através de restrição do tipo objetivo, e mediante recurso ao tipo subjetivo, com a exigência de conhecimento seguro sobre a origem criminosa dos recursos, os argumentos mais usuais em busca de eximir os advogados dos deveres de cooperação têm sido: a) o direito à livre escolha do advogado; b) o direito ao livre exercício profissional; c) o dever de sigilo profissional; d) o exercício de ações neutras por adequação social ou profissional.

03) Argumentar que o recebimento de honorários maculados se mostra incapaz de atrair a incidência do tipo objetivo do crime de branqueamento é tão inidôneo quanto negar a possibilidade de alguém possa responder pelo crime de homicídio apenas porque realizou uma ligação telefônica, e através dela emitiu a ordem de eliminação da vítima, eis que, por mais cotidianas que sejam determinadas ações, inexistem condutas neutras de *per se*.

04) Durante a tramitação do projeto de lei que alterava os limites do § 261 do StGB, o parlamento alemão recusou todas as propostas voltadas a excluir do tipo penal certas condutas

2259 Agravo regimental no habeas corpus. Penal. Irregularidades apuradas na administração do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e do Instituto Euvaldo Lodi (IEL). Repasse indevido de verbas públicas para empresas terceirizadas. Prestação de contas submetida ao Tribunal de Contas da União. Competência da justiça federal. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 211602/DF 0113634-16.2022.1.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 18/04/2022. No mesmo sentido: STF. AgR HC: 180309/MG. 0035966-71.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/05/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-141 08-06-2020).

ditas neutras, inclusive a atuação do advogado defensor no âmbito de uma ação criminal, isto porque a autonomia profissional do advogado não pode ficar atrelada à dependência econômica do crime organizado, tampouco o direito à livre escolha de um defensor pode ser invocado como escusa legítima para o recebimento de honorários maculados.

05) A jurisprudência mais contemporânea do Tribunal Constitucional da Alemanha tem apontado que o recebimento de verba honorária de origem sabidamente ilícita extrapola os limites constitucionais do livre exercício profissional, e embora o advogado tenha o *munus* de defender seu cliente, não tem o direito de se associar ao comportamento criminoso alheio, seja para mascarar o produto de crimes anteriores, seja para usufruir do fruto de tais crimes, especialmente quando tem ciência inequívoca de que a remuneração que lhe é ofertada emana da fonte criminosa.

06) No plano da jurisprudência portuguesa se observa que as estratégias mais recorrentes em busca de “blindar” advogados de responsabilização penal por branqueamento de capitais tem sido: a) simular que o local da diligência de busca abriga um escritório advocatício; b) invocar o sigilo profissional do advogado; c) tentar nulificar as provas de materialidade dos atos de branqueamento, a partir de fundamentos estritamente procedimentais.

07) Não se pode conferir blindagem de responsabilidade penal aos membros de qualquer categoria profissional (especialmente aos setores não-financeiros sensíveis), sob pena de que os regimes de prevenção e repressão ao branqueamento se mostrem absolutamente ineficazes.

CONCLUSÕES

Embora seja certo que a atividade investigativa no âmbito acadêmico nunca termina efetivamente, muito ao contrário, consiste em verdadeiro *work in progress*, é igualmente correto afirmar que os esforços voltados à confecção de um estudo científico estão sujeitos a uma limitação temporal, ainda que se trate de uma tese de doutoramento. Aliás, se mostra muita oportuna a ponderação de Umberto Eco, segundo o qual “elaborar uma tese significa: (1) identificar um tema preciso; (2) recolher documentação sobre ele; (3) por em ordem estes documentos; (4) reexaminar em primeira mão o tema à luz da documentação recolhida; (5) dar forma orgânica a todas as reflexões precedentes; (6) empenhar-se para que o leitor compreenda o que se quis dizer e possa, se for o caso, recorrer à mesma documentação a fim de retomar o tema por conta própria”²²⁶⁰. E para além disso, o celebrado escritor, professor, filósofo e crítico literário italiano, assinala que “mesmo para o gênio, e sobretudo para ele, nada há de humilhante em partir de outro autor, pois isto não significa fetichizá-lo, adorá-lo ou reproduzir sem crítica as suas afirmações”²²⁶¹. De fato, tal advertência guarda muita convergência com o pensamento de Sir. Isaac Newton, que em demonstração de indisfarçável modéstia, preconizou certa feita: “Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”²²⁶².

Buscamos seguir à risca não apenas as experientes orientações de Umberto Eco, mas por igual as sempre seguras orientações da Professora Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva, e no itinerário, procuramos ter por companhia o maior número possível de “gigantes” das ciências criminais. Contudo, é imperioso que cada investigador científico seja, antes de tudo, consciente de suas próprias limitações, e que tenha a necessária humildade de perceber que, por melhores que sejam seus propósitos, e por maior que seja seu empenho e dedicação, ao fim e ao cabo, produzirá tão somente a “tese possível”, ainda que a tenha produzido com o escopo de corresponder ao nível de excelência dos seus lentes. Eis as razões pelas quais cultivamos a esperança de que esta “tese possível” seja admitida como

2260 ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Trad. Gilson Cézar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 5.

2261 ECO, Umberto. Ob. cit., p. 12.

2262 NEWTON, Isaac. Trecho de uma carta de Newton para Robert Hooke, 5 de fevereiro de 1676, baseado em uma metáfora, atribuída a Bernardo de Chartres. In: Pensador. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTMwMjY/>. Acesso em: 01.07.2023.

suficientemente meritória, aos olhos dos doutos membros do júri, e que honre as melhores tradições da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Por outro lado, conquanto tudo nesta vida esteja sujeito a limitações temporais, também as teses de doutoramento estão sujeitas ao tempo. E por certo não poderiam excetuar esta regra, sob pena de que os frutos eventualmente colhidos durante o processo de investigação científica, e durante o subsequente processo de redação do texto, não fossem submetidos ao criterioso escrutínio dos membros do júri, tampouco compartilhados com futuros leitores. Portanto, e considerando as limitações temporais impostas pelo Regimento da Colenda Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ao término deste trabalho concluímos que:

01) A tipificação penal do branqueamento de capitais nasce a partir de dois pontos fundamentais: a) o branqueamento está umbilicalmente ligado à criminalidade organizada, b) é necessário confiscar as vantagens do crime, em razão de interesse supraindividual posto em perigo. Por isso, a tipificação penal se deu antes da delimitação de um bem jurídico autónomo, mas sempre com vistas a impedir a dissimulação ou ocultação dos frutos de crimes pretéritos. Portanto, o branqueamento não se caracteriza como um crime de dano, mas sim de perigo, eis que pode não haver lesão efetiva do bem jurídico protegido, mas tão somente um perigo abstrato dessa lesão, de modo que se trata de um crime de mera atividade, e não de resultado.

02) Conquanto a tipificação penal do branqueamento tenha derivado do emergencialismo penal, eis que não houve uma prévia delimitação do bem jurídico a ser protegido, historicamente foram considerados os seguintes: a) saúde pública, porque num primeiro momento a lavagem de ativos estava atrelada ao tráfico de drogas; b) administração da justiça, porque dificulta a identificação e punição de autores, coautores e participantes dos crimes subjacentes; c) ordem socioeconômica, porque a astronômica quantidade de dinheiro lavado no mundo, no nível macroeconômico, configura ameaça às políticas econômicas, pois emite sinais errados aos mercados e pode gerar instabilidades nos mesmos, no nível microeconômico, provoca situações de concorrência desleal e perturba a circulação dos bens no mercado, mediante o uso de empresas de fachada, e no nível político, ameaça a estabilidade e o funcionamento das instituições do Estado do direito democrático, eis que se associa à criminalidade organizada, de quem recebe proventos para corromper as estruturas de poder e os meios de comunicação social. Por todos esses fatores o crime de branqueamento configura mais um exemplo do chamado Direito Penal do risco, criador de crimes de perigo abstrato.

03) Inexiste qualquer vedação, mesmo que implícita, à aplicação do dolo eventual ao crime de branqueamento, seja em Portugal, Espanha, Brasil ou Alemanha, dentro outros Estados, razão por que não pode o intérprete criar distinção onde o legislador não o fez, sobretudo porque o objetivo central do direito comunitário foi o de inibir a instrumentalização dos setores financeiros e dos setores não-financeiros sensíveis na dissimulação dos frutos do crime subjacente, e também por isso, a eventual redução do tipo subjetivo ao dolo direto implicaria inutilidade de grande parte do direito comparado.

04) Ainda que os tipos penais de branqueamento sejam majoritariamente condutas comissivas, as condutas de “ocultar”, “guardar”, ou “ter em depósito”, previstos tanto na lei antilavagem do Brasil, quanto no art. 368º-A do CP português, admitem a forma omissiva sem a necessidade de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação, embora seja certo que a omissão só será juridicamente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, pois somente haverá omissão dolosa se o sujeito tiver o dever de garante.

05) Os advogados de representação contenciosa, ou consultados pelo arguido para fins de orientação em processo administrativo ou judicial específico, ou ainda para determinar sua situação jurídica, não são obrigados ao dever de comunicação à UIF, entretanto, por serem detentores de conhecimentos especiais, ao perceberem significativos indícios de que sua atuação profissional foi buscada para permitir a ocultação ou dissimulação de numerário de origem aparentemente criminosa, os advogados não devem se deixar instrumentalizar pelo crime organizado, tampouco devem colaborar com a estruturação de operações (aparentemente legais), pois, nesse caso, não estarão promovendo a defesa do cliente, mas aderindo ao propósito criminoso de terceiros, mediante o favorecimento da ocultação do dinheiro de origem criminosa, e isso não pode ser interpretado como mera desobediência à norma administrativa.

06) Todo aquele que integra, de maneira estável, um escritório voltado ao branqueamento de ativos de origem ilícita, tendo plena ciência de que as atividades do grupo são criminosas, efetivamente demonstra sua adesão aos crimes que ali são perpetrados e nos quais tomou parte (por conduta comissiva ou omissiva imprópria), razão por que a simplória alegativa de que não concordava com os fins delitivos jamais poderia ser admitida como uma declaração verdadeira ou idônea, e ainda que não desejasse ou não tivesse coragem de delatar seus companheiros de empreitada criminosa, a atitude de mínima fidelidade ao direito seria se desligar da organização criminosa.

07) Considerando que os integrantes de setores financeiros e não-financeiros sensíveis (tais como advogados e contadores) são legalmente obrigados a colaborar na prevenção do

crime de branqueamento de capitais, todo aquele que deliberadamente se escusa de adotar tais deveres de cuidados em suas práticas profissionais, e com isso favorece ações de branqueamento, pratica uma conduta socialmente relevante e danosa ao bem jurídico tutelado, sendo especialmente prejudicial a omissão dos advogados, os quais têm dever deontológico de zelar pela dignidade da Justiça e impedir que seu ofício profissional seja instrumentalizado a serviço do crime;

08) Por força dos conhecimentos especiais que detém, certos profissionais liberais (tais como advogados e contadores) são procurados para estruturar operações de branqueamento, e em tais consultas recolhem elementos indiciários que lhes permite o conhecimento emocional, eidético ou volitivo sobre a verdadeira natureza da operação, de modo que mesmo optando por não fazer perguntas sobre a origem do dinheiro, e cujas respostas lhes conduziria a um estado de conhecimento pleno e seguro sobre o caráter delitivo da empreitada, representam o risco de que suas habilidades profissionais estejam sendo postas a serviço do crime, e por consequência, sua conduta de deliberado afastamento do conhecimento poderá caracterizar branqueamento comissivo por omissão.

09) Aquele que avalia mal as circunstâncias fáticas, e com isso produz um resultado lesivo a partir de um erro vencível, não ostenta o mesmo grau de culpabilidade daquele que voluntária e conscientemente perpetra o crime com conhecimento e vontade, todavia, uma das maiores dificuldades no âmbito da teoria do delito é estabelecer com precisão a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, pois em ambos há previsão do resultado proibido, mas empiricamente é impossível apurar se o agente efetivamente repeliu por completo o resultado lesivo, e por tal motivo os esforços doutrinários para estabelecer a diferença entre ambos os institutos, a partir da finalidade, estão condenados ao fracasso, sobretudo pela impossibilidade científica de inferir com certeza se o agente atuava com conhecimento seguro, ou apenas com um nível de conhecimento baseado em probabilidade de um resultado danoso, ou da criação de um risco proibido.

10) O erro de valoração nem sempre indicará um erro de tipo, ou erro sobre a proibição legal (CP português, art. 16, nº 1), ou ainda um erro sobre a ilicitude, desde que este não seja censurável (CP português, art. 17, nº 1), devendo ser examinados atentamente os motivos determinantes do injusto e a antijuridicidade da ação, para que se possa inferir com segurança se o estímulo financeiro robusto foi determinante para justificar o erro, ou pretense erro do agente, pois não raro a cobiça nubla os sentidos e estimula o profissional liberal (tal como advogados e contadores) a adotar um estado de ignorância deliberada, como estratégia para

ser recompensado pecuniariamente por sua facilitação ao branqueamento, e manter-se impune.

11) Mesmo que o agente desconheça os limites exatos do tipo penal, sua consciência o alerta sobre comportamentos potencialmente escusos, razão por que aquele que atua efetivamente destituído de consciência de ilicitude, age às claras, sem procurar esconder as evidências de seu comportamento, não dissimula suas ações, não fraciona depósitos bancários que poderiam (e deveriam) ser realizados numa única operação, não realiza transferências aleatórias para contas diversas, sem que exista uma justificativa contratual para isso, não mescla recursos limpos com recursos espúrios, e não se distancia voluntariamente do conhecimento seguro sobre circunstâncias suspeitas, cuja natureza lhe era acessível, especialmente por força dos conhecimentos especiais próprios de seu ofício profissional.

12) Se é correto admitir que o agente a quem se imputa o crime de branqueamento deve ter noção da reprovabilidade de sua conduta, ao realizar quaisquer das fases do delito, é igualmente certo que não podem ser admitidas simplórias negativas de consciência de ilicitude, tampouco justificativas primárias para a assunção voluntária de comportamentos de risco, mesmo porque a remuneração que é paga ao agente branqueador se destina precisamente a recompensá-lo pelo risco de ser descoberto em sua conduta criminosa, pelo risco de ser alvo de uma investigação criminal, pelo risco de responder a um processo criminal, pelo risco de ser condenado, pelo risco de suportar uma pena de privação de liberdade, e se recompensa for pequena, somente os tolos aceitarão tomar parte na estruturação da operação suspeita.

13) O mais fiel dos critérios para clarificar se o agente representava ou não o risco de cometer branqueamento de capitais, se o agente se afastou deliberadamente do conhecimento que lhe estava acessível, se o agente agiu com cegueira deliberada, é confrontar seu *modus operandi* no caso suspeito com o *modus operandi* que adotou em casos similares pretéritos, e caso tenha havido mudança do comportamento padrão, especialmente do detentor de conhecimentos especiais (tais como advogados e contadores), será forçoso existir uma explicação muito convincente para tanto.

14) Somente a adoção de um conceito estrito e limitado da *willful blindness* pode conduzir à equivocada interpretação de que seria ela incompatível com um sistema jurídico afeto ao *civil law*, eis que, mesmo sob o prisma do conhecimento psicológico dos comportamentos humanos, há uma equivalência estrutural entre consciência e indiferença, contudo, isso não implica dizer que exista exata equivalência entre a cegueira deliberada e dolo eventual, ou entre a cegueira deliberada e *recklessness*, tampouco se pode

afirmar que o comportamento adotado a partir do estado de cegueira deliberada traduz completa ausência do elemento cognitivo do dolo, pois conhecimento e vontade são “vasos comunicantes”, e assim como o conhecimento abundante pode inibir a presença do elemento volitivo, quando este se agiganta na mente do sujeito, ocupa significativamente o espaço que deveria ser preenchido pelo conhecimento, deliberadamente rechaçado, normalmente em razão de poderoso incentivo de recompensa financeira.

15) Há compatibilidade entre a cegueira deliberada e o ordenamento brasileiro, seja porque a aferição do dolo (CPB, art. 18, I) impõe a adoção da teoria do dolo normativo, seja porque o STF e outras Cortes registram precedentes segundo os quais a teoria da cegueira deliberada seria um *tertium genus* apto a demonstrar a presença de conhecimento (ainda que dissimulado) e vontade, suficientes para integrar o elemento subjetivo do tipo penal doloso, isto porque o sujeito decide “fechar os olhos” às evidências fáticas, desafia o senso comum, e prossegue na conduta por sua conta e risco, demonstrando indiferença aos resultados potencialmente lesivos de seu agir.

16) Segundo se infere das concepções doutrinárias sobre *willful blindness*, é razoável admitir que a cegueira deliberada *stricto sensu* se encontra situada numa zona intermediária entre o dolo eventual e a culpa consciente, podendo ser rotulada como “dolo por omissão proposital”, ou “dolo de indiferença” (nas palavras de Roxin), ou mesmo “culpa consciente qualificada” (nas palavras de Jakobs), e a escala de culpabilidade própria dos sistemas jurídicos da *civil law* revela acentuada equivalência à escala adotada na *common law*, composta por: a) *purpose*; b) *knowledge*; c) *willful blindness*; d) *recklessness*; e) *negligence*.

17) Na medida em que a ausência de repasse das informações à UIF tenha potencial suficiente para corresponder ao significado de “ocultar”, sendo o sentido dessa conduta finalisticamente voltado ao branqueamento de dinheiro, e desde que tal sonegação seja objetivamente relevante para a ocultação da origem, ou natureza ilícita do capital, é possível admitir que o sujeito que voluntariamente sonega informações relevantes, efetivamente está colaborando com o comportamento criminoso do agente branqueador, e portanto, está facilitando o curso regular do processo de branqueamento, razão por que poderá suportar tanto gravosas sanções administrativas, quanto sanções penais (como nos arts. 157º a 159º da Lei nº 83/2017, por exemplo), tudo para que seja isolado o capital de origem criminosa.

18) A ocorrência de um dever legal de interromper uma operação suspeita não descaracteriza a possibilidade de branqueamento comissivo por omissão, eis que tal dever é oponível a diferentes classes de entidade sensíveis (financeiras e não-financeiras), às quais foi conferido o dever de garante, e que não devem permitir a criação ou aumento do risco de

branqueamento, e por isso, no exercício das atividades de orientação ou consultoria jurídica sobre a condução negocial e patrimonial, os “advogados de operações” têm o dever de prestar informações às autoridades estatais sobre eventuais operações suspeitas de clientes, conforme recomendado pela Diretiva nº 91/308, de 10.06.1991 (itens 16 e 17), e pela Diretiva nº 97, de 04.12.2001, ambas do Conselho da Comunidade Europeia, sob pena de que a consciente e espontânea inobservância desses deveres de colaboração possa justificar sua responsabilização criminal.

19) Não merece acolhida a tese dos que buscam eximir os “advogados de operações” dos deveres de colaboração porque: a) nem o direito à vida, tampouco o direito ao sigilo profissional são absolutos; b) o sigilo profissional não constitui salvaguarda exclusiva dos advogados, sendo conferido a diversas categorias profissionais (inclusive servidores públicos), mas nem por isso se impõe *ad perpetum* e em qualquer situação, podendo ser excetuado por justa causa (como a cobrança de honorários profissionais, por exemplo); c) “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF/88, art, 133), e por isso resulta inaceitável o amesquinamento do nobre ofício, a pretexto de manter um sigilo profissional absoluto; d) ao assumir o patrocínio da defesa do réu, o advogado deve preservar a majestade de suas funções, e jamais deve se converter em cúmplice do cliente assistido.

20) Inexiste conduta neutra de *per se*, razão por que a cobrança de honorários do advogado que opta por receber pagamento em dinheiro vivo, não declara tal rendimento ao fisco, ajusta o recebimento da verba honorária, total ou parcialmente em conta de terceiros, ou devolve parte dos honorários ao contratante, não será uma conduta neutra, e poderá caracterizar delito de receptação, sonegação fiscal, ou até mesmo branqueamento de capitais, a depender das circunstâncias fáticas do caso.

21) Qualquer profissional que ignore seus próprios conhecimentos especiais, que tangencie suas próprias suspeitas, que sufoque dentro de seu “cérebro basal” os conhecimentos intuitivos que buscam aflorar ao córtex cerebral, e assim proceda fiado na perspectiva de que *pecunia non olet*, poderá atrair responsabilização criminal, seja por conduta comissiva dolosa voltada a ocultar recursos de origem criminosa, seja por conduta omissiva voltada a favorecer o branqueamento alheio (normalmente motivado por lucro rápido e significativo).

22) O grau de intencionalidade do agente é extraído, por inferência lógica, a partir das condutas (comissivas ou omissivas) deste, que restem provadas no plano fático, e que devem ser valoradas a partir da motivação e forma de execução, as quais devem ser cotejadas com

padrões comportamentais do “homem médio”, por ser virtualmente impossível estabelecer uma “régua cognitiva” unificada por meio da qual todos os indivíduos consigam representar mentalmente o mesmo resultado a partir de suas ações, pois aquilo que alguns compreenderão como certeza, outros perceberão como acentuada probabilidade, outros admitirão apenas como possibilidade, e outros mais compreenderão como possibilidade remota de resultado.

23) Conhecer e querer são processos psicológicos concretos, que seguem um caminho determinado, mas são perceptíveis por meio de provas coletadas no processo penal, e que devem revelar se houve efetiva adesão mental do sujeito àquela conduta objetivamente constatada, razão por que é essencial fixar critérios objetivos para aferição da prova do dolo normativo, inferido a partir do sentido social da conduta do agente.

24) O comportamento de cegueira deliberada não é identificado a partir de estados anímicos internos do sujeito, mas pelas escolhas deste, que podem ser provadas a partir de circunstâncias fáticas que funcionam como filtro de aferição de um comportamento doloso (direto ou eventual), e que podem revelar que tais condutas consistem em estratégia ou *modus operandi* do agente para se evadir da prova do dolo, especialmente por ser impossível aferir cientificamente os contornos de seu estado mental.

25) Nenhum indivíduo calcula objetivamente as consequências de suas condutas, e nem conseguiria fazê-lo, ante a profusão de variáveis externas a seu controle, razão por que realiza apenas uma projeção de sucessos e insucessos, para optar por determinada conduta, e por isso a expressão “alta probabilidade” significa que o agente consegue, no máximo, fazer uma projeção de resultados possíveis de sua atitude, o que consiste em previsibilidade, e não em “alta probabilidade”.

26) Só haverá risco juridicamente desaprovado se a abstenção da conduta proibida representar uma melhoria relevante à situação do bem jurídico concreto, mas os conhecimentos especiais do agente retiram a neutralidade de sua conduta, que poderá se revelar penalmente relevante, seja por recurso à cegueira deliberada em sentido estrito, seja através de participação ou cumplicidade no crime subjacente, naturalmente sem perder de vista que risco e recompensa sempre caminham juntos.

27) Não pode o juiz se eximir do ônus de demonstrar, para além de qualquer dúvida razoável, e a partir dos indicadores externos provados, que o comportamento do arguido efetivamente correspondeu a um estado de cegueira deliberada, ou de dolo, ou de mera conduta negligente, e isso deve ser feito através de um *standard* probatório que tenha por alvo o alcance da “verdade possível”.

28) Quando a cobiça impulsiona a vontade do agente, restam nublados a racionalidade do Ego e os freios morais do Superego, e assim o elemento cognitivo do agente é suplantado para que este possa satisfazer seus impulsos volitivos, sem remorsos cognitivos, e daí decorre que a intenção de lucro (especialmente se abundante), pode ser um severo indicador da presença de dolo direto, ou de dolo eventual, ainda que este seja dissimulado através do recurso à estratégia da cegueira deliberada.

29) Apesar do dever de sigilo profissional, em determinadas circunstâncias, os integrantes de certas categorias (tais como advogados e contadores) têm o dever legal de revelar informações que lhes chegaram ao conhecimento por força de uma relação profissional, mas caso mantidas em sigilo tenham potencial para gerar gravosos efeitos socioeconômicos, o que enseja justa causa para relativização do dever de sigilo, notadamente para impedir a instrumentalização de profissionais detentores de conhecimentos especiais, e que integrem setores sensíveis ao branqueamento de capitais.

30) Havendo determinação legal expressa para que profissionais que realizem consultoria jurídica ou financeira se submetam aos deveres de informação e colaboração fixados por estatutos antibranqueamento, sobre eles pesará o dever de garante, e por consequência as informações que venham a prestar acerca de operações suspeitas serão penalmente atípicas, eis que a violação de sigilo profissional terá ocorrido sob o amparo de circunstância excludente de ilicitude.

31) Por integrar categoria reputada essencial à administração da justiça, conforme disposições constitucionais de diversos Estados (v. g., CRP/76, art. 32º e CF/88, art. 133), o advogado precisa ostentar atuação profissional dentro dos limites da lei, e embora as atividades de assessoria e consultoria jurídicas constituam formas de exercício legal da profissão, será penalmente inadmissível que o aconselhamento jurídico ou a estruturação de operações jurídico-financeiras por parte advogado sejam instrumentalizados para favorecer o branqueamento de capitais.

32) As normativas internacionais transpostas para os ordenamentos internos de diversos Estados assinalam que: a) advogados de representação contenciosa não estão sujeitos aos deveres de prevenção ao branqueamento de capitais; b) advogados de operações não desempenham atividades advocatícias típicas, e estão sujeitos aos deveres de prevenção contra o branqueamento, especialmente o de comunicação de operações suspeitas; c) o descumprimento de tal dever legal pelos advogados de operações pode ocasionar responsabilização disciplinar, administrativa e até mesmo criminal, a depender das circunstâncias do caso concreto.

33) Inobstante o empenho de algumas corporações advocatícias europeias e americanas em busca de excluir os advogados do rol de obrigados ao dever de *compliance*, a convergência das normas internas influenciadas por diretivas internacionais começa a se pavimentar no sentido de que também os advogados se percebiam coobrigados na prevenção ao branqueamento de capitais.

34) Normativas internacionais e ordenamentos jurídicos de dezenas de Estados soberanos somente incluíram determinados profissionais no rol de obrigados aos deveres de prevenção ao branqueamento por serem eles sensíveis à instrumentalização por parte das organizações criminosas que necessitam de profissionais detentores de conhecimentos especiais para lavar o dinheiro sujo, e assim manter intacto o proveito espúrio de suas atividades criminosas, que instrumentalizam entidades financeiras e não-financeiras, indistintamente.

35) Alguém só será cúmplice quando contribuir voluntariamente para o aumento juridicamente desaprovado do risco, causador do resultado, contudo, a teoria da imputação objetiva não conseguiu esclarecer, de forma convincente, e sem casuísmos, qual o critério para distinguir os riscos permitidos dos riscos proibidos, sobretudo porque qualquer conduta que favorece, de modo consciente, uma ação criminosa alheia, pode ser tudo, menos neutra.

36) O exame panorâmico das diversas construções teóricas disponíveis sobre a cumplicidade por meio de ações ditas neutras, especialmente daquelas que oferecem soluções casuísticas revela não apenas a insuficiência de todas elas, como também a constatação de que, aparentemente, seus proponentes principiam sugerindo respostas, em vez de fixar os limites das perguntas necessárias à solução do problema gerado por ações pretensamente neutras.

37) Quanto aos limites do risco permitido dos profissionais é imperativo observar que: a) o agente deve seguir as regras deontológicas de sua profissão, mas isso não o autoriza a tangenciar obrigações legais que lhe sejam impostas; b) o agente é dotado de conhecimentos especiais, e em razão deles tem maior capacidade de aferir situações suspeitas em favor das quais esteja sendo demandado a atuar; c) se o agente tiver conhecimento seguro (CP português, art. 14º, nºs 1 e 2) de que sua atuação profissional favorecerá a consumação de injusto penal alheio, deve rejeitar peremptoriamente tomar parte na empreitada, e caso insista estará gerando um risco juridicamente desaprovado, razão por que sua conduta será penalmente punível; d) caso o agente não tenha certeza, mas guarde fundadas suspeitas sobre o caráter ilícito da operação do agente principal, deve buscar maiores informações que lhe confirmem a segurança necessária de que sua atuação profissional será lícita, e se não as

obtiver, ou se lhe forem negadas, naturalmente deve se abster de prestar-lhe o serviço, sob pena de assumir voluntariamente a eventual condição de cúmplice no injusto penal alheio.

38) Inexiste adequação profissional na conduta do advogado quando este colabora conscientemente para favorecer a consumação de um injusto penal almejado por seu cliente, pois estará atuando, no mínimo, como cúmplice (CP português, art. 27º), e tal cumplicidade penal poderá se concretizar tanto na concepção de operações (financeiras, imobiliárias, societárias etc.), quanto no exercício de uma suposta consultoria jurídica que facilite o delito de outrem, desde que esta não seja realizada no âmbito do diagnóstico da situação jurídica do cliente, e para fins de sua defesa perante órgãos administrativos ou judiciais.

39) Somente uma Constituição material pode legitimar as opções valorativas do direito penal, eis que o Estado de Direito se demite de sua função quando se omite na adoção de meios preventivos e repressivos indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos, de modo que somente com recurso à ponderação, à luz de uma interpretação constitucional do princípio da proporcionalidade, será possível extrair o limite entre eficácia e garantias no controle do branqueamento, tendo em conta tanto a tutela do bem jurídico quanto os direitos, liberdades e garantias norteadores de um Estado de Direito de essência democrática.

40) No âmbito da jurisprudência norte-americana se observa que a teoria da cegueira deliberada se encontra sedimentada, e nela se observa uma tendência em reconhecer à “cegueira deliberada” duas acepções distintas: a) um estado anímico situado entre *knowledge* e *recklessness*, b) uma autêntica estratégia do agente para tentar mascarar seu conhecimento seguro (obtido por inferências lógicas) sobre a natureza delitiva de sua conduta.

41) Após perceber que já não têm sido acolhidas pela jurisprudência continental os argumentos voltados a legitimar o recebimento de honorários maculados através de restrição do tipo objetivo, e mediante recurso ao tipo subjetivo, com a exigência de conhecimento seguro sobre a origem criminoso dos recursos, os argumentos mais usuais em busca de eximir os advogados dos deveres de cooperação têm sido: a) o direito à livre escolha do advogado; b) o direito ao livre exercício profissional; c) o dever de sigilo profissional; d) o exercício de ações neutras por adequação social ou profissional.

42) Argumentar que o recebimento de honorários maculados se mostra incapaz de atrair a incidência do tipo objetivo do crime de branqueamento é tão inidôneo quanto negar a possibilidade de alguém possa responder pelo crime de homicídio apenas porque realizou uma ligação telefônica, e através dela emitiu a ordem de eliminação da vítima, eis que, por mais cotidianas que sejam determinadas ações, inexistem condutas neutras de *per se*.

43) Durante a tramitação do projeto de lei que alterava os limites do § 261 do StGB, o parlamento alemão recusou todas as propostas voltadas a excluir do tipo penal certas condutas ditas neutras, inclusive a atuação do advogado defensor no âmbito de uma ação criminal, isto porque a autonomia profissional do advogado não pode ficar atrelada à dependência econômica do crime organizado, tampouco o direito à livre escolha de um defensor pode ser invocado como escusa legítima para o recebimento de honorários maculados.

44) A jurisprudência mais contemporânea do Tribunal Constitucional da Alemanha tem apontado que o recebimento de verba honorária de origem sabidamente ilícita extrapola os limites constitucionais do livre exercício profissional, e embora o advogado tenha o *munus* de defender seu cliente, não tem o direito de se associar ao comportamento criminoso alheio, seja para mascarar o produto de crimes anteriores, seja para usufruir do fruto de tais crimes, especialmente quando tem ciência inequívoca de que a remuneração que lhe é ofertada emana da fonte criminosa.

45) No plano da jurisprudência portuguesa se observa que as estratégias mais recorrentes em busca de “blindar” advogados de responsabilização penal por branqueamento de capitais tem sido: a) simular que o local da diligência de busca abriga um escritório advocatício; b) invocar o sigilo profissional do advogado; c) tentar nulificar as provas de materialidade dos atos de branqueamento, a partir de fundamentos estritamente procedimentais.

46) Não se pode conferir blindagem de responsabilidade penal aos membros de qualquer categoria profissional (especialmente aos setores não-financeiros sensíveis), sob pena de que os regimes de prevenção e repressão ao branqueamento se mostrem absolutamente ineficazes.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Tese doutoral. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. *Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al texto punitivo español en 1988, hasta la reforma de 2003*. In: *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciário*. n. 20. v. 2, 2005. p. 5-26. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=638428>. Acesso em: 19.11.2022.

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ACKEL, Pedro. Princípio do *Attorney-Client Privilege* da *Common Law* na Jurisdição Brasileira: Sigilo Profissional em Face da Moralidade e da Publicidade In: PEREIRA, Flávio; NOHARA, Irene. Governança, Compliance e Cidadania. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/governanca-compliance-e-cidadania/1197015340>. Acesso em: 23.04.2023.

ADRIASOLA, Gabriel, *El Nuevo Derecho Sobre Tóxicos y el Lavado de Dinero de la Droga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de. Os comportamentos ditos neutros na cumplicidade. 1. ed. Lisboa: AAFDL, 2014.

ÁLAMO, Mercedes Alonso. *La Acción Libera in Causa*. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 42. n. 1, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2017. p. 55-108. Disponível

em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaAccionLiberaInCausa-46340.pdf>. Acesso em: 05.03.2023.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen. *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University, 2009.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. v. 22. n. 66, set./dez. 2002. p. 13-64. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-EpilogoALaTeoriaDeLosDerechosFundamentales-289390.pdf>. Acesso em: 29.06.2023.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schil Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Teoria do domínio do fato na doutrina e na jurisprudência brasileiras. In: *Universitas Jus*. v. 25. n. 2. 2014. p. 15-33. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/2826-14033-2-PB.pdf>. Acesso em: 22.12.2022.

ALIMENA, Bernardino. *Principii di Diritto Penale*. v. 2. Napoli: Pierro, 1912.

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Ferreira de. Do segredo médico. In: *Revista dos Tribunais*. v. 366. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 37-37.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. O advogado delator: limites isonômicos do “dever de reportar” previsto na lei de lavagem de dinheiro. In: *Revista CEJ*. Brasília. v. 22. n. 74, jan./abr. 2018. p. 72-84. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2369>. Acesso em: 25.04.2023.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. O dever de cuidado como modelo de gestão do risco. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito de Lisboa, 2010.

ALONSO GONZÁLEZ, Ana Belén. *Coparticipación en el delito y “actos neutrales”*. ¿Donde lijar la llnea divisória en la actuación dei abogado? In: Actualidad Jurídica Arazandi. n. 843. Pamplona: Aranzadi, 2012. p. 5-5. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3926858>. Acesso em: 28.06.2023.

ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ALVES, Catarina Abegão. O segredo profissional e o papel dos advogados na prevenção do branqueamento de capitais. In: Anatomia do Crime. v. 10, jul./dez. 2019. p. 65-99.

AMARO, Rogério Roque. O salazarismo na lógica do capitalismo em Portugal. In: Análise Social. v. 18. n. 72-74. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1982. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223460460V9gIL7jn5Qg03LJ5.pdf>. Acesso em: 03.06.2023.

AMBOS, Kai. Ajuda através de ações cotidianas. In: *JA Aktuell*, ago. 2000. p. 721-725. Disponível em: <https://www.yumpu.com/de/document/view/7491007/beihilfe-durch-alltagshandlungen-ja-aktuell>. Acesso em: 21.05.2023.

AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿Lavado de dinero?* In: FIGUEIREDO DIAS; SERRANO GÓMEZ; POLITOFF; ZAFFARONI; GUZMAN (eds.). *El penalista liberal, libre homenaje a Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 55-94. Disponível em: <https://vlex.com.pe/vid/aceptacion-abogado-defensor-honorarios-374984018>. Acesso em: 29.01.2023.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMERICAN BANKERS' ASSOCIATION. *History of the Bank Secrecy Act*. Disponível em: <http://www.aba.com/Solutions/Compliance/Documents/07cbe87f05f94aa8b84faa573c790ba5AppendixC.pdf>>. Acesso em: 21.11.2022.

APLETON, Jean. *Traite de la profession d'avocat*. Paris: Dalloz, 1928.

ARÁGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Poética/Aristóteles. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Giovanni Reale. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ARNAUT, António. *Iniciação à Advocacia: história deontológica e questões práticas*. 11. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

ASMAT COELLO, Diana Marisela. *Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos*. In: AMBOS, Kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel (org.). *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: Jurista, 2015. p. 403-447. Disponível em: <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2015/LavadoCompliance.pdf>. Acesso em: 29.06.2023.

ASSAD, Samir Mattar. Advogado delator e o fim da advocacia. In: *Empório do Direito*, jul. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/advogado-delator-e-o-fim-da-advocacia>. Acesso em: 25.04.2023.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Estudios comparativos del Derecho Penal de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido*. In: *España en la Europa Comunitaria: balance de diez años*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1995. p. 439-452.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1996.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Madrid: Dyckinson, 2005.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid: Ceuta, 1987.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *El error de prohibicion en el derecho penal econômico*. In: *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*. v. 5. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. In: Revista da AJUFERGS. v. 1. Porto Alegre: AJUFERGS, mar. 2003. p. 161-185. Disponível em: <https://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf>. Acesso em: 29.06.2023.

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

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Abel Fernandes Gomes (et al.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de *compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.).

Curso modular de Direito Penal. v. 2. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010. p. 489-510.

BARROS, Marco Antônio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. In: Revista da Escola Superior de Magistratura de Santa Catarina. v. 13. n. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 427-457.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro: Implicações penais, processuais e administrativas. Análise sistemática da Lei nº 9.613/98. 1. ed. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARTHES, Roland. A Câmara Clara. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

BÁRTOLI, Márcio; BELLOQUE, Juliana; BETANHO, Luiz Carlos; DEZEM, Guilherme Madeira; DIAS, Jefferson Aparecido; DIX SILVA, Tadeu Antonio; FELTRIN, Sebastião Oscar; FRANCO, Alberto Silva; KURIKI, Patrícia Cristina; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; Ninno, Jefferson; PANZERI, André; SAAD, Marta; SILVA JÚNIOR, José; STOCO, Rui; STOCO, Tatiana; ZILLI, Marcos. Dos crimes contra a Administração Pública. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (org.). Código Penal e sua Interpretação. v. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1433-1784.

BARTOLI, Roberto. *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*. In: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v. 4. n. 1. Milano, jan./mar. 2001. p. 137-176.

BATAGLINI, Giulio; MIOTTO, Armida Bergamini; GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Penal. v. 1. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: Saraiva, 1973.

BATISTA, Nilo. Concurso de agentes. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUER, Martin. Os Templários: mito e realidade. Trad. Hermann Lobmaier. 2. ed. São Paulo: PHL, 2007.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Carlos Campana. São Paulo: Bushatsky, 1978.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. In: Revista Liberdades, n. 1. São Paulo: IBCCrim, mai./ago. 2009. Disponível em: www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/01/artigo1.pdf. Acesso em: 18.11.2022.

BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (org.). Lavagem de Dinheiro. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 123-141.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova York: Free Press. 1963.

BERKELEY, George. *Treatise concerning the principles of human knowledge*. Dublin: David Wilkins, nov. 2002. p. 1-56. Disponível em: <https://www.maths.tcd.ie/~dwilkins/Berkeley/HumanKnowledge/1734/HumKno.pdf>. Acesso em: 13.01.2023.

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

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. v. 1. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BERRUEZO, Rafael; COPPOLA, Nicolás. *El delito de blanqueo de dinero. Lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y derecho comparado*. Buenos Aires: B de f, 2018.

BETANCUR, José Nodier Agudelo. *Curso de Derecho Penal: esquemas del delito*. 3. ed. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIERRENBACH, Sheila. Crimes omissivos impróprios. 2. ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2002.

BINDER, Julius. *La Fondazione della Filosofia del Diritto*. Trad. de A. Giolitti, Turim: Einaudi, 1945.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. v. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT; Cézar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21. n. 102, mai./jun. 2013. p. 163-220.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales: estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas ao blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999.

BLANCO LOZANO, Carlos. *El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español*. In: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). Comentarios al Código Penal. v. 17. Madrid: Edersa, 1999. p. 53-106.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. In: Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia. n. 13, 2011. p. 1-46. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>. Acesso em: 26.12.2022.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 4. ed. Pamplona: Arazandi, 2015.

BLANCO, Hernán. *Ciberlavado: la nueva era de lavado de activos*. In: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. n. 3, mar. 2010. p. 393-409. Disponível em: https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-busquedasDB.pl?tipoAccion=BUSQUEDA_AVANZADA&autor=Blanco,%20Hern%C3%A1n. Acesso em 28.11.2022.

BLECKMANN, Frank. *Strafrechtsdogmatik: wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch. Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes*. Friburg al Breisgau: Ed. Iuscrim, 2002. Disponível em: <https://www.gbv.de/dms/ilmenau/toc/345697081.PDF>. Acesso em 21.01.2023.

BLECKMANN, Frank. *Derecho Penal y Teoría de Sistemas*. In: GOMÉZ-JARA-DÍEZ, Carlos (org.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005. p. 373-416.

BLONDET, Maurice. *Le secret professionnel dans La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*. Paris: Cujas, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONJOUR, Edgar. *Histoire de la neutralité suisse pendant la Seconde Guerre Mondiale*. Neuchâtel: La Baconnière, 1971.

BORGES, Ronaldo Souza. *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro na APn 470 (parecer)*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 22. n. 110, set./out. 2004. p. 475-495.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro”. In: Consultor Jurídico, set. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 25.02.2023.

BOTTINI, Piepolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. In: Consultor Jurídico, jul. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-jl-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em 26.02.2023.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, direito penal e gestão de risco, imputação objetiva e perigo abstrato, princípio da precaução. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Do tratamento penal da ingerência. Tese apresentada e aprovada no concurso de professor livre docente da Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002785363>. Acesso em 18.11.2022.

BOTTKE, Wilfried. *Mercado, criminalidade organizada y blanqueo de dinero en Alemania*. In: Revista Penal. n. 2, 1998. p. 1-16. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/74506529.pdf>. Acesso em: 26.12.2022.

BOVARD, James. *Laundering: the criminalization of everything*, ago. 1997. Disponível em: <https://www.fff.org/explore-freedom/article/laundrying-criminalization/>. Acesso em: 13.11.2022.

BRADSHER, Greg. *Searching for Records Relating to Nazi Gold: Part I*. In: National Archives, mai. 1997. Disponível em: <https://www.archives.gov/research/holocaust/records-and-research/searching-records-relating-to-nazi-gold1.html>. Acesso em: 03.06.2023.

BRAGA, Hugo Wolovikis. Lavagem de dinheiro: a ação internacional no combate ao crime organizado e a sua influência no ordenamento jurídico-econômico brasileiro. Brasília, 2006. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/MonoDisTeses/HugoBraga.pdf. Acesso em: 19.11.2022.

BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2013.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Nuno. Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção. Coimbra: Coimbra, 2002.

BRITO, Teresa Quintela de. Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes. In: PALMA, Maria Fernanda (dir.). Anatomia do Crime. v. 1. n. 0, jul./dez. 2014. p. 75-91.

BRITO, Teresa Quintela de. *Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica. In: PALMA, Maria Fernanda; SILVA DIAS, Augusto; SOUSA MENDES, Paulo de (org.). Estudos sobre *Law Enforcement*, *Compliance* e Direito Penal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 57-100.

BRITO, Teresa Quintela de. Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português. In: PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo; CARDOSO, Rui; MOURA, Sónia (org.). Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021. p. 477-514.

BROWN, Darryl K. *Federal Mens Rea interpretation and the limits of culpability's relevance*. In: *Law and Contemporary Problems*. v. 75, 2012. p. 109-131. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23216760>. Acesso em: 29.06.2023.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. t. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUJÁN PEREZ, Carlos Martínez. *Derecho Penal Económico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. In: Revista Liberdades. n. 8. set./dez. São Paulo: IBCCrim, 2011. p. 52-94. Disponível em: https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos_pdf/integra8.pdf. Acesso em: 21.01.2023.

BUSATO, Paulo César. O sentido da cumplicidade: uma visão crítica das chamadas ações neutras como grupo de casos da teoria da imputação objetiva. In: Revista Duc In Altum Caderno de Direito. v. 5. n. 8, jul./dez. 2013. p. 327-369. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/b_O_SENTIDO_DA_CUMPLICIDADE_UMA_VISAO_C%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/b_O_SENTIDO_DA_CUMPLICIDADE_UMA_VISAO_C%20(1).pdf). Acesso em: 29.06.2023.

BUSATO, Paulo César. Dolo e Significado. In: BUSATO, Paulo César (org.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84.

BUSATO, Paulo Cesar. Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre o *criminal compliance*. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (org.). Estudos sobre *Law Enforcement, Compliance* e Direito Penal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 21-55.

BUSSENIUS, Anne. *Money Laundering by Defence Counsel. The Decision of the Federal Constitutional Court*. In: *German Law Journal*. v. 5. n. 9, 2004. p. 1045-1055. Disponível em: https://lgcl.csl.mpg.de/attachments/Bussenius_2004_Money_laundering_by_defence_counsel.pdf. Acesso em: 29.01.2023.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Introducción ao Derecho Penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Thémis, 1994.

CABELLO, Marcos Eduardo. A política criminal de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro perpetrada através do futebol. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília. v. 1. n. 3, dez. 2011. p. 179-205. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1269/1475>. Acesso em: 29.06.2023.

CABRAL, Jorge de Almeida. O crime de branqueamento de capitais. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; MUSCO, Enzo (org.). *Blanqueo de Dinero y Corrupción en el Sistema Bancário: Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa*. v. 2. Salamanca: Ed. Universidade de Salamanca, 2002. p. 73-86.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Elemento Volitivo do Dolo: uma Contribuição da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e da Teoria da Ação Significativa. In: BUSATO,

Paulo Cesar (coord.). Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207-234. Disponível em: file:///C:/Users/2823/Downloads/O_ELEMENTO_VOLITIVO_DO_DOLO_UMA_CONTRIBU.pdf. Acesso em: 29.06.2023.

CAEIRO, Pedro. Tráfico de influência - art. 335º. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (org.). Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial. t. 3. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 325-335.

CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes vistos por nós, os advogados. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

CALLEGARI, André Luís Callegari. Problemas pontuais da lei de lavagem de dinheiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CALLEGARI, André Luís. O erro de tipo no delito de lavagem de dinheiro. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 91. n. 798, abr. 2002. p. 502-507. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/741-Artigo-O-erro-de-tipo-no-delito-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 28.12.2022.

CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. In: Revista dos Tribunais. v. 92. n. 815. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2003. p. 464-475.

CALLEGARI, André Luís. Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro. Aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro: estudo introdutório do professor Eduardo Montealegre Lynett. Barueri: Manole, 2004.

CALLEGARI, André Luis. Lavagem de dinheiro. Aspectos penais da Lei nº 9.613/98, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

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

CAMPOS, Ana Rita Duarte de. O segredo profissional do advogado e a nova Lei do Branqueamento. In: Boletim da Ordem dos Advogados. n. 4, 2017. p. 1-7.

CANÁRIO, Pedro. Discussão sobre investigação pelo MP é maniqueísta. In: São Paulo Mediação e Arbitragem, jun. 2013. Disponível em: <https://saopauloarbitragem.com.br/discussao-sobre-investigacao-pelo-mp-e-maniqueista/>. Acesso em: 26.02.2023.

CANARIS, Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda: Direito Constitucional e Justiça Constitucional. v. 3. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 811-894.

CANAS, Vitalino. O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão Lisboa. 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La teoria de la adecuación social*. In: WELZEL, Hans. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 46. n. 2. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1993. p. 697-729. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLaAdecuacionSocialEnWelzel-46435.pdf>. Acesso em: 14.05.2023.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *¿Crisis del lado subjetivo del hecho?* In: *Dogmática y ley penal. Livro homenaje a Enrique Bacigalupo*. t. 1. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 57-78. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_45.pdf. Acesso em: 23.01.2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARDOSO, Augusto Lopes. O segredo profissional na advocacia e a proposta da directiva sobre branqueamento de capitais. In: Revista da Ordem dos Advogados. v. 60. n. 3, dez. 2000. p. 1459-1471.

CARDOSO, Augusto Lopes. Do segredo profissional na advocacia. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

CARDOSO, Flávio Pereira. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. In: Revista Jus Navigandi. v. 8. n. 61. Teresina, jan. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3652/as-acoes-cotidianas-no-ambito-da-participacao-delitiva>. Acesso em: 21.05.2023.

CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Lavagem de dinheiro, concurso de pessoas e ações neutras: a construção da lavagem de capitais e a responsabilidade penal pelo exercício profissional cotidiano. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

CARO CORIA, Dino Carlos. *El principio de ne bis in idem em la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. v. 1. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2007. p. 313-344. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_63.pdf. Acesso em 28.12.2022.

CARO CORIA, Dino Carlos. *Sobre el tipo básico de lavado de activos*. In: *Derecho penal económico y de la empresa*. v. 2. Lima: Aceta Jurídica, 2012. p. 193-223. Disponível em: <http://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/08/sobre-el-tipo-basico-de-lavado-de-activos.pdf>. Acesso em: 28.11.2022.

CARPIO DELGADO, Juana del. *El delito de blanqueo de bienes em el nuevo codigo penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

CARRARA, Francesco. *Programa Del Curso de Derecho Criminal: Parte General*. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1946.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*. v. 3. Buenos Aires: Depalma, 1946.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*. v. 5. Buenos Aires: Depalma, 1947.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. v. 1. Bogotá: Temis, 1971.

CARVALHO, Gisele Mendes; ROSA, Gerson Faustina. O menino, o tigre e uma crítica às fontes formais do dever de garante do art. 13, parágrafo 20, do CP. In: Boletim IBCCrim n. 264, v. 22, nov. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/6125/>. Acesso em: 23.06.2023.

CARVALHO, Hermínia Geraldina Ferreira de. A (anacrônica) importação da doutrina da cegueira deliberada pela jurisprudência brasileira. Monografia (Especialização em Direito Penal e Criminologia). Curitiba: Instituto de Criminologia e Política Criminal, 2015.

CARVALHO, Salo. Dolo Eventual, Frank e suas Fórmulas. In: Antiblog de criminologia, mar. 2011. Disponível em: <http://antiblogdecriminologia.blogspot.com/2011/03/dolo-eventual-frank-e-suas-formulas.html>. Acesso em 04.03.2023.

CARVELL, Ian George; GREEN, Enest Swinfen. *Criminal Law and Procedure*. Londres: Sweet & Maxweel, 1970.

CASSIRER, Ernst. *El Problema del Conocimiento*. Trad. W. Roces, México: Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CASSIRER, Ernst. *Storia della Filosofia Moderna*. Trad. de Eraldo Arnaud, Turim: Einaudi, 1955.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir Filgueiras. OAB analisa constitucionalidade da nova lei de lavagem de dinheiro, jul. 2012. Disponível em: <https://www.sedep.com.br/noticias/oab-analisa-constitucionalidade-da-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro/>. Acesso em: 24.01.2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Responsabilidade civil do advogado. In: Jus Navigandi, v. 13. n. 1953. Teresina, nov. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11927/responsabilidade-civil-do-advogado>. Acesso em: 22.04.2023.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, v. 1. Madrid: Tecnos, 2004.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHARLOW, Robin. *Willful Ignorance and Criminal Culpability*. In: Texas Law Review. v. 70, n. 6, mai. 1992. p. 1351-1429. Disponível em: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1842&context=faculty_scholarship. Acesso em: 17.01.2023.

CHATEAUBRIAND, François René de. *Essai historique, politique et moral sur les révolutions anciennes et modernes, considérées dans leurs rapports avec la Révolution française*. Paris: Lavocat Libraire, 1797. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=CzBeAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbg_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 02.06.2023.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

CHAUVEAU, Adolphe; FAUSTIN, Hélie. *Théorie du Code Pénal*. t. 3. Paris: Cosse & Co, 1872. Disponível em: http://data.decalog.net/enap1/Liens/gallica/gallica_0048.pdf. Acesso em: 23.04.2023.

CHIESA, Luis E. *Comparative Criminal Law*. In: BUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1089-1115. Disponível em: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1090&context=book_sections. Acesso em: 28.06.2023.

CHIESA, Luis E. *Substantive Criminal Law*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2014.

CHRISTINO, Márcio Sérgio; TOGNOLLI, Cláudio. *Laços de sangue: a história secreta do PCC*. 1. ed. São Paulo: Matrix, 2017.

CLERMONT, Kevin. *Standards of Decision in Law. Psychological and Logical Bases for the Standard of Proof, Here and Abroad*. Durham: Carolina Academic Press, 2013.

CLONINGER, Susan. *Teorias da Personalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *El blanqueo de capitales y su prevención. Quisicosas de los delitos y de las penas*. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. O sigilo profissional nos crimes de lavagem de dinheiro: tópicos para uma discussão no marco do Estado de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. n. 8. Brasília, 2001. p. 239-248.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. Advogado não pode ser delator. In: Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/artigo-advogado-nao-poder-ser-delator/100184773>. Acesso em: 25.04.2023.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. Campinas: Sete Mares, 1991.

COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture of the gang*. Nova York: The Free Press, 1955.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *El delito antecedente en el blanqueo de capitales*. In: *Jornadas de especialistas en delitos económicos*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 2015.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v. 2. Trad. Jorge Guerreto. Bogotá: Temis, 2000.

CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoria del delito*. Barcelona: Bosch, 1986.

CÓRDOBA RODA, Juan. *Abocacia, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CORREIA, Luiz Maria Pio. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional. Brasília: FUNAG, 2013.

CORREIA, Eduardo. *Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. Parte Especial*. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça n. 287, 1979.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. v. 2. Coimbra: Almedina, 2016.

COSTA JÚNIOR, Heitor da. *Teoria dos Delitos Culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal: parte especial*. v. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só. Tutela penal da intimidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA, Orlando Guedes da. Direito Profissional do Advogado. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA, Pedro Jorge. Dolo penal e sua prova. São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas à “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001-2002). v. 4. n. 14. abr./jun. 2004. p. 77-94.

COVELLO, Sérgio Carlos. Sigilo bancário como proteção a intimidade. Revista dos Tribunais, v. 78. n. 648. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário com particular enfoque na sua tutela civil. São Paulo: Leud, 1991.

CRESPI, Alberto. *La tutela penal del secreto*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Palermo: Priulla Editore, 1954. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=va&id=ANU-P-1954-10013700139. Acesso em: 17.04.2023.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. In: *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*. n. 28, 2009. p. 195-225. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5072605>. Acesso em 18.11.2022.

CROCE, Benedetto. *Logica Come Scienza del Concetto Puro*. Londres: Forgotten Books, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. Direito Penal: parte especial. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. JusPodivm, 3. ed. 2015.

CZERNA, Renato Cirell. Justiça e História. São Paulo: Convívio, 1987.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Lineamentos estruturais do crime culposos. In: BITTENCOURT, Cezar Roberto (org.). Crime e sociedade. Curitiba: Juruá, 1988. p. 113-141.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem de capitais. In: Boletim IBCCrim. v. 7. n. 79, jun. 1999. p. 4-5.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime culposos e teoria da imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2005.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 289-362.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DAVIN, João. Branqueamento de capitais e a corrupção: aspectos práticos. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferre; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara; CABRAL, Jorge Almeida (et. al.). *Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancário*. Salamanca, 2002. p. 230-257.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2. ed. Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2012.

DE CUPIS, Adriano. *I Diritte della Personalità*. In: *Trattato de Diritto Civile e Commerciale*. v. 4. t. 1. Milano: Giuffrè, 1959. p. 3-28. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5063734/mod_resource/content/0/06.%20CupisPersonalita.pdf. Acesso em: 29.06.2023.

DE FARIA, Margarida Ermelina Lima de Moraes. O Sistema das Sanções e os Princípios do Direito Administrativo Sancionador. Dissertação de Mestrado. Portugal: Universidade do Aveiro, 2007. Disponível em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/3354/1/2008001177.pdf>. Acesso em: 02.03.2023.

DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo de. (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: verbo jurídico, 2011. p. 115-146.

DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de “Lavagem” de dinheiro. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. v. 20, n. 237. São Paulo: IBCCrim, 2012. p. 9-10.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática. Campinas: Millenium, 2008.

DE SANCTIS, Fausto Martin. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *L'homo juridicus e l'insufficienza del diritto come regola della vita*. In: *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*. v. 16. fasc. 2, 1936. In: *Studi sul diritto*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1958. p. 271-307.

DELEANU, Ioana. *The role of information for successful AML policy*. In: UNGER, Brigitte; LINDE, Daan van der (org.). *Research handbook on money laundering*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 462-473.

DELGADO CASTRO, César Antonio. *Los abogados como integrantes de una organización criminal. Apuntes sobre la conducta neutral en el ejercicio de la profesión de abogado y el secreto profesional*. In: *Revista Oficial del Poder Judicial*. v. 9. n. 11. Lima, jan./jun. 2019. p. 219-249. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/7-Texto%20del%20art%C3%Adculo-808-1-10-20210219.pdf>. Acesso em 29.01.2023.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Leis penais especiais comentadas. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEVERS, Gilles. *Le secret professionnel*. In: *Objectif, soins & management*. n. 264, août-sept. 2018. p. 16-24. Disponível em: <https://www.espaceinfirmier.fr/media/8e9/d88ce93abd5a13353d5d584ebc399/articlesOBJ264.pdf>. Acesso em 11.04.2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994.

DÍAZ PITA, María del Mar. *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 101-110.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo do dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15-38.

DÍAZ Y GARCIA-CONLLEDO, Miguel. *Los elementos normativos del tipo penal y la teoria del error*. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago (org.). *Cuestiones actuales de la teoria del delito*. Madrid: Mc-Graw Hill, 1999. p. 65-85.

DÍAZ Y GARCIA-CONLLEDO, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.

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

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *Los elementos subjetivos del tipo: bases metodológicas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas*. In: *Actualidad Penal*. n. 32, set. 1994. p. 143-188.

DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las Ciencias del Espíritu*. Trad. Eugenio Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1949. p. 7-8. Disponível em:

https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Dilthey_IntroduccionCienciasEspiritu.pdf. Acesso em: 13.01.2023.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e injerencia en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidade e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOYLE, Charles. *Money laundering: an overview of 18 U.S.C. 1956 and Related Federal Criminal Law*. Washington-DC, nov. 2017. p. 1-61. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33315.pdf>. Acesso em: 21.11.2022.

DUARTE, Jorge Manuel Dias. *Branqueamento de Capitais: o novo regime do DL 15/93, de 22 de janeiro a normativa internacional*. Porto: Imprensa, 2002.

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. 16. ed. Paris: Les Presses universitaires de France, 1967. Disponível em: <https://prepasaintsernin.files.wordpress.com/2022/05/durkheim-regles-methode.pdf>. Acesso em: 25.05.2023.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Margarida Garrido Esteves. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. v. 2. 33. ed. Bogotá: Editorial ABC, 1973.

EDINGER, Carlos. *A cegueira deliberada como indicador de dolo eventual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

EDWARDS, John. *The Criminal Degrees of Knowledge*. In: *The Modern Law Review*. v. 17. n. 4, jul. 1954. p. 293-314. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1954.tb02157.x>. Acesso em: 25.02.2023.

EINSTEIN, Albert. O Significado da Relatividade. Trad. Mário Silva. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

EINSTEIN, Albert. *Out of My Later Years*. Bexlei: Gramercing Books, 1993.

ELLERO, Pietro. *De la Certidumbre en los Juicios Criminales: o tratado de la prueba en materia penal*. 1. ed. Madrid: Editorial Reus, 1980.

ESTEFAM, André. Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 234-C). v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ESTELLITA, Heloísa. Exercício da advocacia e a nova regulação europeia. In: Consultor Jurídico, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/heloisa-estellita-exercicio-advocacia-regulacao-europeia>. Acesso em: 25.04.2023.

ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Salamanca: Editorial Colex, 1998.

FARAH, Douglas. *Money laundering and bulk cash smuggling: challenges for the Mérida initiative*. University of San Diego, 2010. p. 1-8. Disponível em: http://www.strategycenter.net/docLib/20101113_MoneyLaundandBulkCash_Farah.pdf. Acesso em: 13.11.2022.

FARALDO CABANA, Patrícia. *Los autores del delito de blanqueo de bienes em el Código Penal español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 59. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2006. p. 135-179. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-10013500180. Acesso em: 29.01.06.2023.

FARALDO CABANA, Patrícia. *Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales*. In: *Estudios Penales Y Criminológicos*. n. 34, jul. 2014. p. 41-79. Disponível em: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1898>. Acesso em: 27.12.2022.

FARHAT, Raymond. *Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

FARIA COSTA, José de. O Branqueamento de Capitais. Breves Notas. In: Boletim da Faculdade de Direito. v. 68. Coimbra, 1992. p. 59-86.

FARIA COSTA, José de. As definições legais de dolo e negligência. Coimbra: Boletim de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. 69, 1993. p. 361-386.

FARIA COSTA, José de. Direito Penal Económico. 1. ed. Coimbra: Quarteto, 2003.

FARIA COSTA, José de. Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal. In: PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Mattos (dir.). Revista de Legislação e de Jurisprudência. v. 142. n. 3978, jan./fev. 2013. p. 158-173.

FARIA, Antônio Bento de. Código Penal Brasileiro. v. 4. Rio de Janeiro: Record, 1959.

FARIA, Antônio Bento de. Código de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FÁVERO, Flaminio. Segredo médico e abortamento criminoso. In: Revista dos Tribunais. v. 314. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

FÁVERO, Flaminio. Medicina Legal. São Paulo: Villa Rica, 1991.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *La distinción entre dolo e imprudencia em los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*. Cuadernos de Política Criminal. n. 65. Madrid: Dykinson, 1998. p. 269-364.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo em Derecho Penal?* Granada: Comares, 1999.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Teoria da imputação objetiva. Estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva. Trad. Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole. 2003.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2004.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva em derecho económico y empresarial*. In Dret. Revista para el análisis del derecho. n. 2. Barcelona, mai. 2009, p. 1-74. Disponível em: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/130911>. Acesso em 28.12.2022.

FEITOSA, Anny; FRANCESCHINI, Bruna; SILVA, Rogério Borba da; BRITO, Rose Dayanne de (org.). *Perspectivas de Direito Contemporâneo*. Rio de Janeiro: FGB/Pembroke Collins, 2019.

FELIP SABORIT, David. *Error Iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el artículo 14 del Código Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRARI, Bárbara Dorati. O recebimento de honorários maculados e o branqueamento de capitais. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 82, out./dez. 2021. p. 19-46. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2490901/Barbara+Dorati+Ferrari.pdf/>. Acesso em: 24.06.2023.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de Filosofia*. Campinas: Edições Loyola, 2001.

FERREIRA, Cremilda Maria Ramos. *Sigilo profissional na advocacia: responsabilidade decorrente da violação do dever de sigilo*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FERREIRA, Eduardo Paz. O branqueamento de capitais. In: *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 303-319.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2010.

FERREIRA, Manuel Marques. O sistema financeiro e a luta contra o branqueamento de capitais – o caso português. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferre; MUSCO, Enzo; KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara; CABRAL, Jorge Almeida (et al.). *Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario*. v. 2. Salamanca, 2002. p. 143-152.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime: 2ª Parte. Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 1. n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1993. p. 16-40.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra: Coimbra, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal. Parte Geral. t. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal Português: Parte Geral. As consequências jurídicas do crime. 21. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. In: PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Mattos (dir.). Revista de Legislação e Jurisprudência. v. 45. n. 3998. Coimbra: Coimbra, mai./jun. 2016. p. 250-266.

FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University, 1998.

FLETCHER, George. *The Fault of Not Knowing*. In: *Theoretical Inquiries in Law*. v. 3. n. 2, 2002. p. 265-282. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/233-880-1-PB.pdf>. Acesso em: 28.02.2023.

FLORIAN, Eugenio; BABONI, Ranieri. *Trattato di diritto penale: dei reati e delle pene in generale*. v. 1. 2. ed. Milano: Vallardi, 1910.

FLORIAN, Eugenio. *Trattato di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Vallardi, 1936.

FLORIAN, Eugenio. *Delitti contra la Libertà Individuale*. In: *Trattato di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Vallardi, 1939.

FLORIOT, René; COMABALDIEU, Raoul. *Le Secret Professionnel*. Paris: Flammarion, 1973.

FONSECA, Pedro. Lavagem de Dinheiro: aspectos dogmáticos. Indaiatuba: Foco, 2021.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1957.

FÓPPEL, Gamil. Lavagem de dinheiro e atipicidade do crime antecedente, In: RUIZ FILHO, Antônio; SICA, Leonardo (org.). *Responsabilidade penal na atividade econômico empresarial*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 252-280.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal. Parte Especial*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANÇA, Ruben Limongi (org.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Edição comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, 1827-1977. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANÇA, Ruben Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREYMOND, Jacques. *Neutralité et neutralisme*. In: *Revue des travaux de l'Academie des sciences morales et politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal y imputación objetiva*. Enrique Bacigalupo Zapater (org.). Trad. Miguel Cãncio Meliá et al. Madrid: Codex, 1995.

FRISCH, Wolfgang. *La imputación objetiva: estado de la cuestión*. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoria del delito: Seminário em la Universidad Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000. p. 20-67.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento tipico y imputación del resultado*. Trad. Joaquim Coello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 1. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: contratos. t. 1. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALLAS, Wilhelm. *La teoria del delito en su momento actual*. Barcelona: Bosch, 1959.

GALLAS, Wilhelm. *La struttura del concetto di illecito penale*. In: *Rivista de Diritto e Procedura Penale*. v. 25. n. 2. Milão: A. Giuffrè, 1982. p. 447-494.

GALVÃO, Gil. O branqueamento de capitais e o sistema financeiro. In: NIZA, José (coord.). *Droga e Sociedade: o novo enquadramento legal*. Lisboa: Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1994. p. 137-148.

GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Barcelona: J. M. Bosch, 2014.

GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Piura: Ara Editorres, 2003.

GARCIA CAVEIRO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. Lima: Griley, 2007.

GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Madrid: Encuentro Ediciones, 2019.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Madrid: Centro de Estudios Ramon Aceres, 2009.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GARÇON, Émile. *Code Pénal Annoté. Art. 295 a 401*. v. 2. Paris: Librairie Sirey, 1956.

GARRAUD, René. *Traité Théorique Et Pratique Du Droit Pénal Français*. v. 5. Pittsfield: Wentworth, 2018.

GASPAR, Antônio Henrique. Branqueamento de Capitais. In: NIZA, José (coord.). *Droga e Sociedade: o novo enquadramento legal*. Lisboa: Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1994. p. 123-136.

GASPAROTO, Gustavo dos Santos. Aplicação do princípio da consunção no crime de porte ilegal de armas. In: *Canal Ciências Criminais*, 2018. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/647073509/aplicacao-do-principio-da-consuncao-no-crime-de-porte-ilegal-de-armas>. Acesso em 27.12.2022.

GESTLER, Daniel. Evasão de divisas como crime antecedente da lavagem de dinheiro: um estudo sob a perspectiva do bem jurídico tutelado pelo art. 22, caput da Lei 7.492/86, em face da nova sistemática regulatória do mercado cambial, introduzida pela Carta Circular/Bacen 3.280/05. In: RBCCrim. v. 23. n. 115. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2015. p. 369-392.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal: Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIANNETTI, Eduardo. Autoengano. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GIL GIL, Alícia. *El delito imprudente*. Barcelona: Atelier, 2007.

GIL GIL, Alícia (et al). *Curso de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Dykinson, 2011.

GILMORE, William C. *Dirty money: the evolution of money laundering*. Bruxelas: Council of Europe Publishing, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*. In: ADPCP, 1990. p. 421-441. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-AlgunosAspectosDeLaRecienteDoctrinaJurisprudencial-46375.pdf>. Acesso em: 20.01.2023.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)* In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 680-699.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión impropia*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2013.

GOBLOT, Edmond. *Traité de Logique*. Paris: Armand Colin, 1952. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NTY5MTU1/>. Acesso em: 10.01.2023.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. Do crime de branqueamento de capitais: introdução e tipicidade. Coimbra: Coimbra, 2001.

GOETZMANN, William. *Money Changes Everything: How Finance Made Civilization Possible*. Princeton: Princeton University Press, 2017.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Luís Flávio. Erro de tipo e erro de proibição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. O advogado não é delator do cliente. In: OAB-Bahia, ago. 2012. Disponível em: <https://www.oab-ba.org.br/noticia/artigo-luiz-flavio-gomes-advogado-nao-e-delator-do-cliente>. Acesso em 19.11.2022.

GOMES, Luiz Flávio. Lavagem de dinheiro sujo: números da impunidade. São Paulo, jun. 2022. Disponível em: <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/lavagem-de-dinheiro-sujo-numeros-daimpunidade/>. Acesso em: 19.11.2022.

GOMES, Noel. O segredo Bancário e Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2006.

GOMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1988.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *La emancipación del delito de blanqueo de capitales em el derecho penal español*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2010. p. 57-83.

GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El critério de los honorários profesionales 'bona fides' como barrera del abogado defensor frente al delito de blaqueo de capitales: un apunte introdutório*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). *Política criminal y blaqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 207-224.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Blanqueo de capitales y abogacia. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva*. In: *InDret. Revista para el análsis*

del Derecho. Barcelona. n. 1, jan. 2008. p. 1-40. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/502.pdf>. Acesso em: 23.05.2023.

GÓMEZ, Eusébio. *Tratado de Derecho Penal*. v. 3. Buenos Aires: Compañía Argentina, 1940.

GONELLA, Carlos; LUCIANI, Diego. *El delito de lavado de activos y la garantía constitucional del ne bis in idem. Reflexiones sobre el fallo de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal e “Jiménez, Jancy s/recurso de casación”*. In: ALAGIA, Alejandro; DE LUCA, Javier; SLOKAR, Alejandro (dir.). *Revista Derecho Penal*. v. 2. n. 4. Buenos Aires: Ediciones Infojus, abr. 2013. p. 221-231. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36981.pdf>. Acesso em: 28.01.2023.

GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *La complicidad delictiva em la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutrales”*. Granada: Colmares, 2002.

GOTTRAU, Nicolas de. *U.S. Insider trading prohibition, swiss banking secrecy and swiss insider trading law: the current situation*. In: *Revue de Droit des Affaires Internationales*. Paris. n. 5, 1993. p. 553-596.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GOUVIN, Eric J. *Bringing out the big guns: The USA Patriot Act, money laundering, and the war on terrorism*. In: *Baylor Law Review*. n. 55. *Digital Commons @. Western New England University School of Law*, 2003. p. 955-990. Disponível em: <http://tinyurl.com/clvdv4l>. Acesso em: 19.11.2022.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GRAMATICA, Filippo. *Il segreto e la sua tutela penale*. Padova: Cedam, 1961.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. A culpa e sua prova nos delitos de trânsito. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 12. n. 49, jul./ago. 2004. p. 89-147.

GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal, In: Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso. v. 2. n. 3, jul./dez. 2007. p. 249-276.

GRECO, Luís. Dolo sem Vontade. In: D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (orgs.). *Liber amicorum* de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-905.

GRECO, Luís. *Comentario al artículo de Ramon Ragués*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones XIII. "Ignorancia deliberada y Derecho Penal"*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 67-78. Disponível em: file:///C:/Users/2823/Downloads/Discusiones_xiii_Ignorancia_deliberada_y.pdf. Acesso em: 28.06.2023.

GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Niterói: Impetus. 2009.

GRINOVER, Ada. Pelegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUEDES, Raphael Leite. A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance. In: Âmbito Jurídico, abr. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-civil-do-advogado-pela-perda-de-uma-chance/>. Cesso em: 22.04.2023.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUEx, Sébastien. *Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale*. In: Genèses. v. 34, 1999. p. 4-27. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/genes_1155-3219_1999_num_34_1_1549. Acesso em: 28.03.2023.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. *Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales*. In: *Revista General de Derecho Penal*. n. 24. Madrid: Iustel, nov. 2015. p. 3-18. Disponível em: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416652. Acesso em: 27.12.2022.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HALCHIN, Elaine. *National Emergency Power*. In: Washington: Congressional Research Service, 2007. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/98-505.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

HALLIDAY, John. *Svizzera: l'Eldorado Borghese*. In: BELLOCCHIO, Piergiorgio. *Quaderni Piacentini*. v. 8. n. 39. Milano: Unione Tipografica Editrice Piacentina, nov. 1969. p. 206-209.

HAMDAMI, Assaf. *Mens rea and the cost of ignorance*. In: *Virginia Law Review*. v. 93. n. 2, set. 2013. p. 415-457. Disponível em: <https://www.virginialawreview.org/wp-content/uploads/2020/12/415.pdf>. Acesso em: 26.02.2023.

HARTMANN, Nicolai. Ontologia I. Trad. José Gaos. 3. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1984.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. *Criminal Law Willful Blindness. Ninth Circuit Holds That Motive Is Not an Element of Willful Blindness. United States vs. Heredia*, 4893 F.3d 913 (9th Cir.) (en banc), cert. denied, 76 U. S. L. W. 3303 (U.S. Dec. II, 2007). (N. 07-5762). *Harvard Law Review*, v. 121, n. 4, fev. 2008, p. 1245-1252. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40042765>. Acesso em: 25.02.2023.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. Trad. María del Mar Díaz Pita. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 43. n. 3. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1990. p. 909-932. Disponível em: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/238/238>. Acesso em: 28.06.2023.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 30. n. 118. Brasília, abr./jun. 1993, p. 237-282. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176133/000476736.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 29.06.2023.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Santa Fé de Bogotá: Themis, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. *The Harm Principle and the Protection of “Legal Goodos” (Rechtsgüterschutz): a German Perspective*. In: DU BOIS-PEDAIN, Simester Antje; NEUMANN, Ulfrid (orgs.). *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Portland: Hart Publishing, 2014. p. 187-204. Disponível em: <https://es.scribd.com/document/360322827/Winfried-Hassemer-The-Harm-Principle-and-The-Protection-of-Legal-Goods-German-Perspective-pdf>. Acesso em: 25.12.2022.

HAWTHORNE, Nathaniel. *A letra escarlate*. Trad. Christian Schwarts. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.

HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. (orgs.). *La teoría del bien jurídico¿ fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* Madrid: Marcial Pons, 2016.

HEGEL, George Wilhelm Frieddrich. *Enciclopedia delle Scienze Filosofiche in Compendio*. Trad. Benedetto Croce. Roma: Editori Laterza, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEGENBERG, Leônidas. *Introdução à Filosofia da Ciência*. São Paulo: Herder, 1965.

HEGENBERG, Leônidas. *Etapas da Investigação Científica*. v. 2. São Paulo: Edusp, 1976.

HELLENER, Eric. *The politics of global financial reregulation: lessons from the fight against money laundering*. In: CEPA Working Paper Series III. n. 15. New York, apr. 2000. p. 1-27
Disponível em:
<https://www.economicpolicyresearch.org/scepa/publications/workingpapers/2000/cepa0315.pdf>. Acesso em: 18.11.2022.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. António Correia. 7. ed. Coimbra: Antonio Amado Editor, 1980. Disponível em:
<https://www.dca.fee.unicamp.br/~gudwin/ftp/ia005/TeoriaDoConhecimento-caps1234.pdf>. Acesso em 12.01.2023.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

HUGON, Paul. *História das doutrinas econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 4. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. v. 6. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. v. 1. t. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

HUNGRIA, Nelson; DOTTI, René Ariel. Comentários ao Código Penal. v. 1. t. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HUSAK; Douglas; CALLENDER. Craig. *Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability Thesis: a Study of Deeper Significance of the Principle of Legality*. In: *Wisconsin Law Review*. n. 29, 1994. p. 29-70. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/wlr1994&div=12&id=&page=>. Acesso em: 20.06.2023.

HUSSERL, Edmund. Investigações Lógicas. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HUSSERL, Edmund. Meditações cartesianas e conferências de Paris. Trad. Pedro Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

INGARDEN, Roman. *Time and Modes of Being*. Trad. Helen Michejda. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1964.

ISHIDA, Válter Kenji. *Bem jurídico penal moderno*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996.

JAKOBS, Günther. *El principio de culpabilidad*. Trad. Cancio Meliá. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos e de los efectos cognitivos*. Trad. C. J. Suárez González. In: Estudios de Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1999.

JAKOBS, Günther. *La omisión, estado de la cuestión*. In: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Organização e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2008.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JEANS, James. *Física y Filosofía*. Buenos Aires: Librería del Colegio, 1948.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. v. 1. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch. 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. v. 2. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Da co-delinquência em face do novo código penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal: parte especial. v. 2. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JOÃO PAULO II, Papa. Carta Encíclica “*Fides et Ratio*”. 8. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

JOHNSON, Eric A. *Is the idea of objective probability incoherent?* In: *Law and Philosophy*. v. 29. n. 4, apr. 2010. p. 419-432. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40783502>. Acesso em 28.02.2023.

JUBERT, Ujala Joshi. *La doctrina de la “actio libera in causa”*. Barcelona: J. M. Bosch, 1992.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Lucimar Anselmi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KAPLAN, Marcos. *Economía criminal y lavado de dinero*. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. n. 85, jan. 1996. p. 217-241. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r16736.pdf>. Acesso em: 11.11.2022.

KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Trad. R. F. Suárez Montes. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 13. n. 2. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969. p. 185-206.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid: Marcial Pons, 2006.

KELL, Daniel. *Herkules und Atlas, Lobreden und andere Versuche über Friedrich Dürrenmatt*. Zürich: Diogenes Verlag, 1990.

KINDHAUSER, Urs. *Gleichgültigkeit als Vorsatz?* In: ARNOLD, Jörg et al (orgs.). *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70 Geburtstag*. Friburg: Verlag C.H. Beck, 2005. p. 345-358. Disponível em: <https://www.deutsche-digitale-bibliothek.de/item/B3MIJKRP4ITXPJY7HURDYPBP52OPOK5I>. Acesso em: 23.01.2023.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOFFKA, Kurt. *Principles of Gestalt Psychology*. Milano: Mimesis, 2014.

KUDLICH, Hans. *Jenseits des Schraubendreher-Handels-neutrale Beihilfe in Fällen des richtigen Lebens*. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (eds.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 231-244.

KUHN, Thomas Samuel. *The Structure of Scientific Revolutions*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1970. Disponível em: <https://www.lri.fr/~mbl/Stanford/CS477/papers/Kuhn-SSR-2ndEd.pdf>. Acesso em: 13.01.2023.

LAER, Henry Van; KOREN, Henry J. *Philosophy of Science. Part One, Science In General: Duquesne Studies Philosophical Series*. Whitefish: Literary Licensing, 2011.

LALANDE, André. *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*. Paris: PUF, 2010.

LAMAS LEITE, André. As “posições de garantia” na omissão impura. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LANGARO, Luís Lima. *Curso de Deontologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LANGER, Maximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*. In: *Harvard International Law Journal*. n. 1. v. 45, dec. 2004. p. 1-64. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/articulo.pdf>. Acesso em: 20.03.2023.

LARROYO, Francisco. *Valor y Problemática en General*. México: Lagos, 1936.

LASCANO, Carlos. *Imme y Claus Roxin. Conferencias*. Córdoba: Mediterránea, 2012.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*. Madrid: Civitas, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *Que é una constitución?* Trad. W. Roce. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.

LAUCHLI, Urs Martin. *Swiss bank secrecy with comparative aspects to the American approach*. In: *Saint Louis University Law Journal*. Saint Louis/MO. v. 42. n. 3, 1998. p. 865-872. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stlulj42&div=45&id=&page>. Acesso em 15.06.2023.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson Galvão. A teoria da cegueira deliberada e o Direito Penal brasileiro. In: *Boletim IBCCrim*. v. 17. n. 204, 2009. p. 10-11. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3980-A-teoria-da-cegueira-deliberada-e-o-direito-penal-brasileiro. Acesso em: 23.01.2023.

LAURENZO COPELLO, Patrícia. *Dolo y Conocimiento*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

LE GENDRE, Paul; RIBADEAU-DUMAS, Louis. *Traité de pathologie médicale et de thérapeutique appliquée: Déontologie et jurisprudence médicale*. Paris: A. Maloine & Fils, éditeurs, 1920.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano*. Lisboa: Colibri, 1993.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Sobre os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 22. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47-90.

LEITE, André Lamas. Os “advogados-detergentes”. In: *Boletim da Ordem dos Advogados*. n. 4. Lisboa, 2017. p. 1-3. Disponível em: file:///C:/Users/2823/Downloads/branqueamento_por_advogados.pdf. Acesso em: 24.04.2023.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento: contributos para a racionalidade do poder punitivo público. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2016.

LEITE, Inês Ferreira. *Ne (idem) bis in idem*. Proibição de dupla punição e de duplo julgamento. Contributos para a racionalidade do poder punitivo público. v. 2. Lisboa: AAFDL, 2016.

LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. O aviltamento do livre exercício da advocacia em tempos de crise. In: *Consultor Jurídico*. São Paulo, set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-01/marcelo-lemos-aviltamento-advocacia-tempos-crise>. Acesso em: 05.05.2023.

LEONE, Alfredo. *Lavado de Activos em América Latina y la Cuenca del Caribe: efectos macroeconómicos, selección de acciones de política y función del FMI. Ponencia en Seminario Superintendencia Bancaria y Lavado de Activos*. Cartagena das Índias/CO, 17 de marzo de 1998.

LESCH, Heiko Harmut. *Dolus directus, indirectus und eventualis*. In: JADirekt. Munich-Schwabing: Vahlen, 1997. p. 802-809. Disponível em:

<https://www.degruyter.com/database/IBZ/entry/ibz.ID961058415/html>. Acesso em: 23.01.2023.

LEVI, Michael; REUTER, Peter. *Money laundering*. In: *Crime and justice*. v. 34. n. 1. Chicago: University of Chicago, 2006. p. 289-375. Disponível em: <https://orca.cardiff.ac.uk/id/eprint/3154/1/Levi%202006.pdf>. Acesso em: 28.12.2022.

LILEY, Peter. *Lavagem de dinheiro: negócios ilícitos transformados em atividades legais*. 2. ed. São Paulo: Futura, 2001.

LIMA, Hugo de Meira. O segredo profissional e suas limitações. In: *Revista Forense*. v. 144. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/10/21/segredo-profissional/>. Acesso em: 18.04.2023.

LIMA, Vinícius de Melo. *Lavagem de dinheiro e ações neutras: critérios de imputação penal legítima*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMONGI, Dante Braz; PEREIRA, Diogo Modesto; BORGES, Diogo Njaine. Breve estudo sobre a estrutura constitucional alemã, o federalismo no país e sua última reforma. In: *Direito, Estado e Sociedade*. n. 39. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, jul./dez. 2011. p. 52-81. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/177-656-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/177-656-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 14.06.2023.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria geral da participação criminal e ações neutras*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao novo Estatuto da Advocacia e da OAB*. Brasília: Brasília Jurídica, 1994.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Arnoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOGOZ, Paul. *Commentaire du Code Pénal Suisse*. 2. ed. Paris: Delachaux & Niestlé, 1976.

LOIODICE, Aldo. *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*. Napoli: E. Jovene, 1969.

LOMBARDINI, Carlo. Cooperação internacional na esfera penal e sigilo bancário suíço. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo. v. 2. n. 5, mai./ago. 1999. p. 315-321.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORENZ-MEYER, Martin. *Safehaven: The Allied Pursuit Of Nazi Assets Abroad*. Columbia: University of Missouri Press, 2007.

LOURENÇO MARTINS, António. Branqueamento de capitais: contra-medidas a nível internacional e nacional. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. ano 9. n. 1. Coimbra: Coimbra, jan./mar. 1999. p. 449-487.

LOW, Peter W. *Federal Criminal Law*. 2.ed. Nova York: Foundation Press, 2003.

LUBAN, David. *Contrived Ignorance*. In: *The Georgetown Law Journal*. n. 87. Arlington: GLJ, 1999. p. 957-980. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751/>. Acesso em 20.01.2023.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. A Punição da Culpa a Título de Dolo: O problema da chamada “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUIZI, Luiz. O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal: parte general*. Madrid: Editorial Universitas. 1996.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Dolo y dolo eventual: reflexiones*. In: NIETO MARTIN, Adán (coord.). *Homenage al Dr. Marino Barbero Santos*. v. 1. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Salamanca, 2001. p. 1109-1134.

MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. São Paulo: Elsevier, 2008.

MACHADO, João Baptista. Introdução ao Direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina, 2000.

MACHADO, José de Alcântara. Projeto do Código Criminal Brasileiro. São Paulo, 1938. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/65859-Texto%20do%20artigo-87233-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 13.04.2023.

MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingo Fernando (org.). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. Breves Notas sobre Lavagem de Dinheiro: Cegueira Deliberada e Honorários Maculados. In: Revista da AJUFE. São Paulo. v. 27. n. 9, jan./jun. 2014. p. 39-71. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75245/breves_notas_lavagem_magalhaes_AJUFE.pdf. Acesso em: 25.04.2023.

MAGGIORE, Giuseppe. *Diritto Penale*. 5. ed. Bolonha: Zanichelli, 1949.

MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de Dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime; anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAÑAS, Carlos Vico. O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANRIQUE PÉREZ, Maria Laura. *Acción, Dolo Eventual y Doble Efecto: Un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MANRIQUE PÉREZ. Maria Laura. *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones XIII. "Ignorancia deliberada y Derecho Penal"*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 79-100.

MANSO PORTO, Teresa. *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*. Madrid: Dykinson, 1999.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Diritto Penale Italiano*. v. 8. Torino: Unione Tipografico, 1981.

MARCUS, Jonathan. *Model Penal Code. Section 2.02(7) and willful blindness*. In: *The Yale Law Journal*. v. 102. n. 8. *Symposium: Economics Competitiveness and the law*, jun. 1993. p. 2231-2257. Disponível em:

https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/8772/76_102YaleLJ2231_1992_1993.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 17.01.2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O problema do desconhecimento do dolo: os dois planos de normatização do elemento intelectual, com particular aplicação ao erro e aos desvios dos processos causais*. Tese doutoral. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019. Disponível em:

https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/42264/1/ULSD733934_td_Wagner_Filho.pdf.

Acesso em: 20.01.2023.

MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal. Fundamentos e limites para a normatização*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições Fundamentais de Direito Penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *O Conceito “Significativo” de Dolo: um Conceito Volitivo Normativo*. In: BUSATO, Paulo César (org.). *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23-58.

MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a Cartéis*. São Paulo: Singular, 2013.

MARTÍNEZ, Luís Miguel Hinojosa. *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MARTÍNEZ, Milton Cairolí. *La inexigibilidad de otra conducta. Una aproximación desde la dogmática*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.). *Direito Penal como crítica da*

pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 37-52.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A função social do advogado. In: Revista do Advogado. v. 4. n. 14. São Paulo: AASP, jul./set. 1983. p. 94-99.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido Processo Legal e Proteção de Direitos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. v. 2. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General*. v. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO FILHO, Álvaro. Dimensões jurídicas do sigilo bancário. In: Revista Forense. v. 80. n. 287. Rio de Janeiro: Forense, jul./set. 1984. p. 3-22.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Tópicos essenciais da lavagem de dinheiro. In: Revista dos Tribunais. v. 90. n. 787. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai. 2001. p. 479-489.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António. *Manual de Direito Bancário*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Phénoménologie de la Perception*, Paris: Les Éditions Gallimard, 1955.

MERTON, Robert. *Social theory and social structure*. Nova York: The Free Press, 1968.

MESSER, August. *La Filosofía Moderna: Del Renacimiento a Kant*. Trad. Perez Bances. 2. ed. Buenos Aires: Labor, 1942.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1958.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina SLR, 1958. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Derecho-Penal-Edmundo-Mezger-LP.pdf>. Acesso em 21.01.2023.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. t. 1. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

MILL, John Stuart. *Système de Logique Deductive et Inductive: Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*. v. 2. Traduit de la sixième édition anglaise (1865) par Louis Peisse. Québec: Uquebec, 2002. Disponível em: <https://eweb.uqac.ca/bibliotheque/archives/13868090t1.pdf>. Acesso em: 13.01.2023.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *La perspectiva “ex ante” en Derecho Penal*. In: Dialnet. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1983. p. 5-22. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-LaPerspectivaExAnteEnDerechoPenal-46228.pdf>. Acesso em: 18.11.2022.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democratico de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de f, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8. ed. Barcelona: B de f, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal. Parte Especial*. v. 2. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. v. 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; MIRABETE, Renato Fabbrini. Código Penal interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MITIDERO, Daniel Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOLINA, Fernando. *¿Que se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien juridico problematico*. In: BACIGALUPO, Silvina; BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 91-124.

MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*. Milano: Giuffrè, 1973.

MOMMSEN, Teodoro. *El derecho penal romano*. t. 1. Trad. P. Dorado. Madri: España Moderna, 1989.

MONDIN, Battista. Curso de filosofia. Trad. Bênoni Lemos. v. 1. São Paulo: Paulinas, 1981.

MONTAGUE, Art. *Meyer Lansky: the shadowy exploits of New York's master manipulator*. Alberta: Altitude Publishing, 2005.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestion empresarial y atribucion de responsabilidade penal*. Barcelona: Atelier, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOORE, Michael. *Foreseing Harm Opaguely in Placing Blame: A theory of the Criminal Law*. In: Oxford Scholarship Online, Sep. 2010. Disponível em: <https://experts.illinois.edu/en/publications/placing-blame-a-theory-of-the-criminal-law/fingerprints/>. Acesso em 26.02.2023.

MOORE, Michael. *Intention as a Marker of Moral Culpability and Loal Punishability*. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (orgs.). *Philasophical Fournariows of Criminal Law*. New York: Oxford University, 2011. p. 179-205. Disponível em: https://academic-oup-com.translate.goog/book/8411/chapter/154168657?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 25.06.2023.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1973.

MORRIS, Clarence. *Duty, Negligence and Causation*. In: *University of Pennsylvania Law Review*. v. 101. n. 2, nov. 1952. p. 189-222. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7920&context=penn_law_review. Acesso em 02.03.2023.

MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no Direito Penal Econômico. In: *Revista de Doutrina e Jurisprudência*. v. 108. n. 2. Brasília, jan./jun. 2017. p. 202-218.

MOZZICAFREDO, Juan. A responsabilidade e a cidadania na Administração Pública. In: *Sociologia, Problemas e Práticas*. n. 40, 2002. p. 9-22. Disponível em: <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/333/1/40-1.pdf>. Acesso em 04.03.2023.

MULLIGAN, Daniel. *Know your customer regulations and the international banking system: towards a general self-regulatory regime*. In: *Fordham International Law Journal*. Berkeley. v. 22. n. 5, 1998. p. 2324-2372. Disponível em: <http://tinyurl.com/lawjournal>. Acesso em: 19.11.2022.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Causas de exclusão da culpabilidade: ciclo de conferências sobre o anteprojeto de código penal brasileiro de 1969. São Paulo: Imprensa Oficial, 1965.

MUNHOZ NETTO, Alcides. A ignorância da antijuridicidade em matéria penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoria geral do delito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: B de f, 2001.

MUNOZ CONDE. Francisco. *Consideraciones em torno al bien jurídico protegido em el delito de blanqueo de capitales*. In: *I Congreso de Prevención y Represión de Blanqueo de Dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 157-174.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

MUSCO, Enzo. *Il riciclaggio nel diritto penale italiano. Blanqueo de dinero y corrupción em el sistema bancario*. In: FERRÉ, Juan Carlos (org.). *Delitos financeiros, fraude y corrupción em Europa*. v. 2. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002. p. 25-40.

NADELMANN, Ethan A. *Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society*. *International Organization*. v. 44. n. 4. Cambridge: MIT Press, 1990. p. 479-526. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2706851>. Acesso em: 22.11.2022.

NAÍM, Moisés. *Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil Comentado: artigo por artigo*. 5. ed. Salvador. JusPodivum, 2020.

NIETO MARTIN, Adán. *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la invencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Atelier, 2006.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 4. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOSEDA, Enea. *Dei Delitti contro la Libertá*. v. 6. Milano: Società Editrice Libreria, 1909.

NOVA CULTURAL. *Grande dicionário da língua portuguesa Larousse Cultural*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais especiais comentadas*. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

NÚÑEZ, Ricardo. *Los elementos subjetivos del tipo penal investigación sobre los elementos espirituales de la acción*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

NÚÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Lerner, 2009.

O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White Collar Crime Cases and Materials: American Casebook Series*. 6. ed. Saint Paul, Minnessota: West Academic Publishing, 2016.

O'TOOLE, Timothy P. *Patently Unusual: How a Recent Supreme Court Patent Decision Alter the landscape for Proving The Criminal Knowledge*. In: *Westlaw Journal*. v. 25. n. 2, sept. 2011. p. 1-7. Disponível em: https://www.millerchevalier.com/sites/default/files/news_updates/attached_files/wlj_wcc2512_commentary_otoole.pdf. Acesso em: 29.06.2023.

OLIVA GARCIA, Horacio. *La defensa ante la acusación por blanqueo de dinero*. In: *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 23-47.

OLIVARES ABAD, José Manuel. *Prueba directa y prueba indirecta*. In: LinkedIn, mai. 2020. Disponível em: <https://es.linkedin.com/pulse/prueba-directa-y-indirecta-jos%C3%A9-manuel-olivares-abad-olivares-abad>. Acesso em: 10.03.2023.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Branqueamento de Capitais: reação criminal*. In: *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 337-358.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

OLIVEIRA, Magno Gomes. *Proporcionalidade e individualização da pena*. 1. ed. Fortaleza: Littere, 2020.

OLIVEIRA, Sylvianne Fontenelle Santos de; OLIVEIRA, Magno Gomes de. *Temas contemporâneos de direito e processo do trabalho*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

OLIVEIRA, William Terra. A criminalização da lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98, de 1º de março de 1998, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 6. n. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul./set. 1998. p. 111-129.

OLIVER, Keith. *Money Laundering in United Kingdom*. In: MACHADO, Máira Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Org.). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos. Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 17-76.

ORTEGA Y GASSET, J. *Temas de viaje. El espectador IV. Obras completas*. v. 2. Madrid: Alianza, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís, *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PACI, Enzo. *Funzione delle Scienze e Significato dell'Uomo*, Milão: Il Saggiatore, 1965.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa. 2000.

PALMA, Maria Fernanda. O Princípio da Desculpa em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2005.

PALMA, Maria Fernanda. Da Tentativa Possível em Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Problemas metodológicos de la prueba del dolo*. In: AFD. v. 18, 2001. p. 67-93. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-ProblemasMetodologicosEnLaPruebaDelDolo-257653.pdf>. Acesso em: 23.01.2023.

PASCAL, Blaise. *Pensées*. Paris: Galimard, 2004.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. 1. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

PASTOR, Daniel Alvarez; PALACIOS, Fernando Eguidazu. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi. 1998.

PAÚL, Jorge Patrício. A banca perante o branqueamento de capitais. In: *Revista da Banca*. n. 26, abr./jun. 1993. p. 41-71.

PAYEN, Guillaume. *Déontologie Médicale d'Après Le Droit Naturel: Devoirs d'État Et Droits de Tout Médecin*. London: Forgotten Books, 2018.

PEIXOTO, Afrânio. *Medicina Legal*. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de criminologia*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *La problemática de las posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Flávio Cardoso. As ações cotidianas no âmbito da participação delitiva. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. v. 3. n. 16, out./nov. 2002. p. 37-42. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3652/as-acoes-cotidianas-no-ambito-da-participacao-delitiva>. Acesso em: 02.03.2023.

PEREIRA, Flávio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual? In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. n. 31. v. 6, São Paulo: Síntese, abr./mai. 2005. p. 32-44.

PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários*. 2014. Tese doutoral. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2014.

PEREIRA, Margarida Silva. Acerca do novo tipo de tráfico de influência. In: *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*. Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (org.). Lisboa: AAFDL, 1998. p. 253-342.

PEREIRA, Rui Soares. Sobre a persistente relevância da ideia de bem jurídico penal. In: PALMA, Maria Fernanda (org.). Prof. Doutor Augusto Silva Dias *In Memoriam*. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 183-204.

PEREIRA, Víctor de Sá. Código Penal Anotado. Lisboa: Livros Horizonte, 1988.

PEREIRA, Rui Carlos. O dolo de perigo: Contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto. Lisboa: Lex, 1995.

PERÉZ BARBERÁ, Gabriel. *El Dolo Eventual: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales*. In: *La Ley Penal*. n. 53, 2008. p. 5-32. Disponível em: <https://www.yumpu.com/es/document/read/14310391/neutralidad-delictiva-y-blanqueo-de-capitales-el-ejercicio-de-la->. Acesso em: 26.05.2023.

PERKINS, Rollin M. *A Rationale of Mens Rea*. In: *Harvard Law Review*. v. 52. n. 6, apr. 1939. p. 905-928. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1334184>. Acesso em: 25.02.2023.

PERKINS, Rollin M. *“Knowledge” as a Mens Rea Requirement*. In: *Hastings Law Journal*. v. 29, n. 5, 1978. p. 953-966. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230139588.pdf>. Acesso em: 16.01.2023.

PERRAUD-CHAMANTIER, André. *Le Secret Professionnel, ses Limites, ses Abus: étude théorique et pratique*. Paris: Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1926.

PIAGET, Jean. *Lógica e conhecimento científico*. Trad. S. Dias. & F. Araújo. Porto: Livraria Civilização, 1980.

PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Advocacia Criminal. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PIMIENTA, Louis. *Le Secret Professionnel de l’Avocat*. Paris: Pedone, 1937.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito em el ámbito jurídico del “common law”*. Granada: Comares, 2002.

PINÃ ROCKEFORT, Juan Ignacio. *Causalidad y imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia em el Derecho Penal*. In: Revista Chilena del Derecho. v. 30. n. 3. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003. p. 515-533. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41615461>. Acesso em: 15.05.2023.

PINEL LÓPEZ, Enrique. *Los Bancos y el Sistema Tributario*. In: DÍAZ-MONASTERIO, Félix de Luis (coord). *Estudios de Derecho Fiscal em homenaje a Jaime Basanta*. Madrid: Civitas, 1994. p. 31-46.

PINHEIRO, Luís Goes. O branqueamento de capitais e a globalização: facilidades na reciclagem, obstáculos à repressão e algumas propostas de política criminal, In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 12. n. 4, out./dez. 2002. p. 603-648.

PINTO, Edson. *Lavagem de capitais e paraísos fiscais*. São Paulo: Atlas, 2007.

PINTO, Paulo Mota. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. n. 69, 1993. p. 479-586. Disponível em: http://www.sermais.pt/media/86/File/VIHDireito/HIV_Direito_Reserva_Sobre_Intimidade_Vi_da_Privada.pdf. Acesso em: 20.06.2023.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLANCK, Max. *¿Adonde va la Ciencia?* Prefácio de Albert Einstein. Trad. Felipe Jiménez de Asúa. Buenos Aires: Losada, 1941. Disponível em: [https://aprendizaje.mec.edu.py/dw-recursos/system/content/0c59c97/content/Plank,%20Max%20\(1858-1947\)/Planck,%20Max%20-%20A%20d%C3%B3nde%20va%20la%20ciencia.pdf](https://aprendizaje.mec.edu.py/dw-recursos/system/content/0c59c97/content/Plank,%20Max%20(1858-1947)/Planck,%20Max%20-%20A%20d%C3%B3nde%20va%20la%20ciencia.pdf). Acesso em: 13.01.2023.

PLATT, Tony. *Perspectivas para uma criminologia radical nos EUA: criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

PLOTKIN, Mark E.; SANFORD, B. J. *Patriot Act the customer's view of “know your customer”: section 326 of the USA Patriot Act*. Covigton, Washington, 2016. p. 670-679. Disponível em:

file:///C:/Users/2823/Downloads/PATRIOT%20ACT%20THE%20CUSTOMER%20S%20VIEW%20OF%20KNOW%20YOUR%20CUSTOMER%20SECTION%20326%20OF%20THE%20USA%20PATRIOT%20ACT.%20By%20Mark%20E.%20Plotkin%20&%20B.J.%20Safford_.pdf. Acesso em: 19.11.2022.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 6. n. 24, out./nov. 1998. p. 209-222.

POINCARÉ, Henri. A ciência e a hipótese. Brasília: Editora da UnB, 1988.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Buenos Aires: Mario Viera Editor, 2000.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Dolo genérico versus dolo específico: reflexiones críticas sobre la relación entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto*. In: *Revista de Derecho Penal*. n. 13, 2002. p. 211-242. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Dolo-gen%C3%A9rico-versus-dolo-espec%C3%Adfico%3A-reflexiones-y-Navarrete/90c320b1970aab436a39c1e53500e9293b1ec835>. Acesso em 28.12.2022.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. Trad. Leonidas Hegenber. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

PORTES, Louis. *A la Recherche d'une Étique Médicale*. Paris: Masson & Cie éditeurs, 1964.

PORTO, Éderson Garin. A função social do advogado. In: Jus Navigandi, ago. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11634/a-funcao-social-do-advogado/2>. Acesso em: 21.04.2023.

PRADEL, Jean; VARINARD, André. *Les grands arrêts du droit pénal général*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2001.

PRADO, Luiz Régis; BITTENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de Direito Penal: parte geral. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Anotado e Legislação Complementar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. v. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral. v. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Régis. Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. v. 3. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Econômico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral e Parte Especial. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Rodrigo Leite. O controle penal da lavagem de dinheiro: Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 223-250.

PRICE, Zachary. *The rule of lenity as a rule of structure*. In: *Fordham Law Review*. v. 72. n. 4. New York, 2004. p. 885-941. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3945&context=flr>. Acesso em: 21.11.2022.

PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. Anotações ao §16 StGB. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (org.). *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*. v. 1. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013. p. 122-139. Disponível em: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/KinNeuPaeKoStGB_3_Band1/StGB/cont/KinNeuPaeKoStGB.StGB.p16.glv%2Ehtm. Acesso em: 19.06.2023.

PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PUPPO, Alberto. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). *Discusiones XIII. “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 39-66. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/Discusiones_xiii_Ignorancia_deliberada_y%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/Discusiones_xiii_Ignorancia_deliberada_y%20(2).pdf).

Acesso em: 20.06.2023.

PUZO, Mario. O poderoso chefe. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2007.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. A tutela da moralidade política pelo Direito Penal: relato e análise da Ação Penal 470. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 22. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2014. p. 251-268.

QUINTERO OLIVARES, Gonçalo. *Introducción al derecho penal*. 1. ed. Barcelona: Barcanova, 1981.

QUINTERO OLIVARES, Gonçalo. *El delito fiscal y el âmbito material del delito de blanqueo*. In: *Actualidad Jurídica Arazandi*. n. 698. Madrid: Aranzadi, 2006. p. 1-6.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Blanqueo de Capitales y Negocios Standards: Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (org.). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 127-162.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal*. Barcelona: Atelier, 2007.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *De nuevo. el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*. In: *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*. n. 3. Barcelona, jul. 2012. p. 1-11. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/899.pdf>. Acesso em: 06.03.2023.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *¿Mejor no saber?: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal*. In: VALENZUELA, Jonatan (ed.). In: *Discusiones XIII “Ignorancia deliberada y Derecho Penal”*. Córdoba: EdiUNS, 2015. p. 11-37. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc6t0m6>. Acesso em 23.01.2023.

READ, Piers Paul. Os Templários. Trad. Marcos José da Cunha. Rio de Janeiro: Imago, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Figura típica e objeto material do crime de “lavagem de dinheiro”. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. (org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. v. 3. n. 10. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 559-576.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REALE, Miguel. Experiência e Cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência. 2. ed. Campinas: Booseller, 2000.

REALE, Miguel. Verdade e conjectura. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

REICHENBACH, Hans. *The Rise of Scientific Philosophy*. 3. ed. Los Angeles: Berkeley, 1956.

REQUENA JULIANI, Jaime. *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, Madrid: Dykinson, 2010.

REYES ALVARADO, Yesid. *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1992. p. 933-968. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1992-30093300968. Acesso em: 12.05.2023.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Direito Penal Econômico. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.

RISTROPH, Alice. *Responsibility for the Criminal Law*. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (Eds.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. New York: Oxford University, MAR. 2011. p. 107-124. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/8411/chapter-abstract/154160328?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 20.06.2023.

ROBBINS, Ira. *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*. In: *Journal of Criminal Law & Criminology*. v. 81. n. 2, 1990. p. 191-234. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jc>. Acesso em: 16.01.2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación em el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos*. In: SILVA SÁCHEZ, Jesús María (org.) *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes em la actividad económico empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 17-66.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2007.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Las “conductas neutrales” en derecho penal: la discusión sobre los limites de la complicidad punible*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 16. n. 70. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2008. p. 190-228. Disponível em: [file:///C:/Users/2823/Downloads/RTDoc%2005-05-2023%2012_32%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/2823/Downloads/RTDoc%2005-05-2023%2012_32%20(PM).pdf). Acesso em: 05.05.2023.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Deberes negativos y positivos en derecho penal*. In: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. v. 4, out. 2013. p. 1-22. Disponível em: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1008.pdf>. Acesso em 22.01.2023.

RODIÉRE, René; RIVES-LANGE, Jean-Louis. *Droit Bancaire*. Pariz: Dalloz, 1973.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Econômico. Uma política criminal na era compliance*. 2. ed. Coimbra. Almedina, 2021.

RODRIGUEZ ESTEVES, Juan Maria. *Riesgo penal para directivos de empresa: atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2016.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Algunas consideraciones político criminales sobre los delitos societarios*. La Rioja: Dialnet, 1984. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet->

[AlgunasConsideracionesPoliticocriminalesSobreLosDe-46258%20\(1\).pdf](#). Acesso em: 15.06.2023.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1978.

ROJAS, Nerio. *Medicina Legal*. 9. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1966.

ROMEIRO, João Marcondes de Moura. *Diccionario de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugênio. *Lógica*. Buenos Aires: Espasa-Calde, 1944.

ROSA, Rodrigo Silveira. A sonegação fiscal com crime antecedente. In: *Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal*. v. 15. n. 90. Porto Alegre, fev./mar. 2015. p. 9-33.

ROSO, Jayme Vita. O rol dos advogados no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: a experiência brasileira. In: *Revista do Curso de Direito da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (ICS)*. v. 3. n. 2. Brasília: AEUDF, jun./dez. 2002. p. 71-74.

ROSSI, Juliana Ferreira. A nova denúncia caluniosa. In: *Boletim IBCCrim*. v. 9. n. 104. São Paulo: IBCCrim, jul. 2001. p. 12-13. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim104.pdf>. Acesso em: 04.03.2023.

ROSSI, Júlio César. *Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROXIN, Claus. *Teoría del tipo penal*. Trad. Enrique Bacigalupo Zapater. Buenos Aires: Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevencion en Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde. Madrid: Editorial Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. v. 1. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garci Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (dir.). Revista Portuguesa da Ciência Criminal. v. 23. n. 1. Coimbra: Coimbra, jan./mar. 2013. p. 07-43.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garci Conlledo e Javier de Vicente Remesal. v. 2. Madrid: Civitas, 2014.

RUSSELL, Bertrand. *Human Knowledge: It's scope and limits*. Londres: Allen & Unwin, 1948.

RUSSELL, Bertrand. *Les Problèmes de la Philosophie*. Lausanne: Payot, 1989.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVA, Bruna de Castro; PEIXOTO, Leonardo. Modificações estruturais do sistema penal antilavagem: um novo lugar para a teoria das normas penais? In: Boletim IBCCRIM. v. 20. n. 230. São Paulo: IBCcrim, jan. 2012. p. 8-9. Disponível em: https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos_pdf/Boletim230.pdf. Acesso em: 25.06.2023.

SABADELL, Ana Lúcia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALGARELLI, Kelly Cristina. Não se aplica o CDC na relação entre cliente e advogado. In: Revista Consultor Jurídico, mar. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mar-09/nao_aplica_cdc_relacao_entre_cliente_advogado. Acesso em: 22.04.2023.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. Código Penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

SANCHES, Edgard. Prolegômenos à Ciência do Direito. Salvador: Imprensa Oficial do Estado da Bahia, 1927.

SÁNCHEZ STWEART, Nielson. *Las funciones del abogado en relación a las obligaciones que impone la normativa de prevención*. In: ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STWEART, Nielson (org.). *I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2009. p. 119-132.

- SANDRONI, Paulo (org.). Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Best Seller, 1999.
- SANTIAGO, Rodrigo. Do crime de violação de segredo profissional no código penal de 1982. 1. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- SANTIAGO, Rodrigo. O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (dir.). Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 4. n. 4. Coimbra: Coimbra, out./dez. 1994. p. 497-560.
- SANTIAGO, Rodrigo. O branqueamento de capitais e outros produtos do crime, In: Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 363-409.
- SANTOS, Delfim. Conhecimento e Realidade. Porto: Imprensa Portuguesa, 1940.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris. 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2012.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- SAPORI, Luís Flávio; SOARES, Gláucio Ary Dillon. Por que cresce a violência no Brasil? Belo Horizonte: Autêntica Editora: Editora PUC Minas, 2014.
- SARCH, Alexander F. *Willful Ignorance, Culpability and the Criminal Law*. In: *St. John's Law Review*. v. 88. n. 4, out. 2014. p. 1023-1102. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6696&context=lawreview>. Acesso em: 15.05.2023.
- SARLET, Ingo Wolf. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A new introduction to legal reasoning*. Cambridge; Harvard University Press, 2009.

SCHELER, Max. *Ética*. Trad. Hilario Sanz Rodríguez, Madrid: Caparrós, 2001.

SCHLEGAL, Stephan. *BVerfG 2 BvR 1975/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Hannover/AG Hannover)*. In: SCHLEGel, Stephan (org.). *HRR-Strafrecht*. n. 210, jan. 2005. p. 1-5. Disponível em: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/03/2-bvr-1975-03.pdf>. Acesso em: 16.06.2023.

SCHLOSSER, Von R. A. *Geldwäsche durch Strafverteidiger*. In: *Schlosser Aktuell. Informationen aus recht und steuern*, jun. 2005. p. 1-1. Disponível em: <https://www-raschlosser-com.translate.goog/strafrecht/geldwasche-durch-strafverteidiger/? x tr sl=de& x tr tl=pt& x tr hl=pt-BR& x tr pto=sc>. Acesso em: 16.06.2023.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico. Parte Geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHOENBERG, Robert. J. Mr. *Capone: The Real - and complete - Story of Al Capone*. New York: Willian Morrow and Company Inc., 1992.

SCHORSCER, Vivian C. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. In: *Revista dos Tribunais* v. 96. n. 863. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007. p. 435-459.

SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 41. n. 2, Madrid: Boletín Oficial del Estado, mai./ago. 1988. p. 529-558.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 55. n. 1. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2002. p. 9-38.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal*. In: *Obras I*. Trad. Lourdes Baza. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 17-47.

SCHUNEMANN, Bernd. *De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo*. Trad. Mariana Sacher. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Obras*. v. 1. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCOTT, John; MARSHALL, Gordon. *A Dictionary of sociology*. 4. ed. Oxford: Oxfordindex, 2017.

SHAW, Clifford R.; MCKAY, Henry D. *Juvenile delinquency and urban areas: a study of rates of delinquents in relation to differential characteristics of local communities in American cities*. Chicago: The University of Chicago Press, 1942.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito Penal Empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Trad. Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, Willian Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra e SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 291-318.

SILVA DIAS, Augusto. *“Delicta In Se” e “Delicta Mere Prohibita”*: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Tese de doutoramento. Lisboa, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria. *Eficiencia y Derecho Penal*. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. v. 40. n. 1. Madrid: Boletín Oficial del Estado, jan./abr. 1996. p. 93-127. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/Dialnet-EficienciaYDerechoPenal-46495.pdf>. Acesso em: 27.05.2023.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal*. In: *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. v. 5. Madrid, 1996. p. 1557-1564.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La comisión por omisión*. In: ASSUA BATARRITA, Adela (org.). *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, 1998. p. 37-42.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*. Buenos Aires: B de f, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de f, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales*. 3. ed. Madris: Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes de los miembros de un Consejo de Administración*. In: *Indret. Revista para el Análisis del Derecho [a propósito de la STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo]*. n. 2, 2011. p. 1-5. Disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/editorial_2.11cast.pdf. Acesso em 18.11.2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Deberes de vigilancia y compliance empresarial e responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho penal*. In: KHULEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (org.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79-106.

SILVA, César Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: uma nova perspectiva penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Cezar Felipe Colombari. Favorecimento criminal (arts. 348 e 349 do Código Penal): aplicação à luz dos princípios constitucionais. *Boletim IBCCrim*. v. 13. n. 152. São Paulo: IBCCrim, jul. 2005. p. 1-1. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/3919/>. Acesso em: 20.05.2023.

SILVA, Douglas Rodrigues. Precisamos repensar o dolo no Direito Penal? In: Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/358136988/precisamos-repensar-o-dolo-no-direito-penal>. Acesso em: 25.02.2023.

SILVA, Germano Marques da. Curso de Processo Penal. v. 2. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques da, Direito Penal português: teoria do crime. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. In: Boletim IBCCrim. v. 21. n. 246. São Paulo: IBCCrim, mai. 2013. p. 3-4.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminal. v. 24. n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 255-280. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002788420>. Acesso em: 18.01.2023.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMANTOB, Fábio Tofic. Concurso aparente de normas penais na operação dólar-cabo: um confronto entre os crimes de evasão e lavagem. Revista Brasileira de Ciência Criminais. v. 22. n. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov./dez. 2014. p. 91-111.

SIMON, Dan. *In Doubt*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950.

SMITH, Holly. *Culpable ignorance*. In: *Philosophical Review*. v. 92. n. 4, oct. 1983. p. 543-571. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2184880>. Acesso em: 27.02.2023.

SOARES, Felício de Lima. Os limites da imunidade profissional por manifestações na advocacia. In: *Jus Navigandi*. Teresina. v. 14. n. 2078, mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12442/os-limites-da-imunidade-profissional-por-manifestacoes-na-advocacia>. Acesso em: 22.04.2023.

SOARES, Oscar de Macedo. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal e Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Ética Profissional e Estatuto do Advogado*. São Paulo: LTr, 1975.

SOLANS SOTERAS, Miguel. *Blanqueo de dinero y movimientos financieros*. In: *Cuadernos Jurídicos*. v. 1. n. 3. Madrid, dec. 1992. p. 52-59.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. v. 4. Buenos Aires: TEA, 1967.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. v. 2. Buenos Aires: TEA, 1978.

SONTAG, Ricardo. “Código criminológico?” Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; FONSECA, Ricardo Marcelo; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (org.). *História do Direito CONPEDI/UFSC*. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 184-204. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc1d0d2f2375b7a4#:~:text=Os%20projetos%20S%C3%A1%20Pereira%20foram,era%20o%20modelo%20positivista%20por>. Acesso em: 13.04.2023.

SOTOMAYOR GARCÍA, Juan. *Fundamento del dolo y ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano*. In: *Política Criminal*. v. 11. n. 22. Chile, dez. 2016. p. 675-703. Disponível em: <https://vlex.cl/vid/fundamento-dolo-ley-penal-657683657>. Acesso em: 15.02.2023.

SOUSA MENDES, Paulo de. O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 16. n. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2008. p. 133-169.

SOUSA MENDES, Paulo de. A problemática da punição do autobranqueamento e as finalidades de prevenção e repressão do branqueamento de capitais no contexto da

harmonização europeia. In: *Católica Law Review*. v. 1. n. 3. Lisboa: UCP Editora, 2017. p. 127-156.

SOUSA MENDES, Paulo de. *Lições de Direito Processual Penal*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

SOUSA MENDES, Paulo de. Um novo paradigma moralista na definição material de crime. In: PALMA, Maria Fernanda (org.). Prof. Doutor Augusto Silva Dias *In Memoriam*. v. 1. Lisboa: AAFDL, 2021. p. 157-181. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/56260/1/ProfDoutorAugustoSilvaDiasInMemoriam_1_paginacao.pdf. Acesso em: 20.06.2023.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Lavagem de Dinheiro: comentários à Lei nº 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal*. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Tiago Fontoura de. A nova lei de lavagem de dinheiro. Uma breve análise sobre as principais alterações e aspectos polêmicos. In: *Revista Jurídica da Ajufesc*. n. 3, 2014. p. 1-21. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Tiago-Fontoura-de-Souza.pdf>. Acesso em: 28.11.2022.

STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRANGE, Susan. *Cave! hic dragones: a critique of regime analysis*. In: *International Organization*. v. 36. n. 2, 1982. p. 479-496. Disponível em: <http://www.rochelleterman.com/ir/sites/default/files/strange%201982.pdf>. Acesso em: 15.06.2023.

STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Trad. Cancio Meliá e M. Sancinetti. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2005.

STRATENWERTH, Günther; WOHLERS, Wolfgang, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, 3. ed. Bern: Stämpfli, 2012.

SUÁREZ GONZALEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, In: *Derecho Penal y*

Criminologia. v. 22. n. 2, mai./ago. 1995. p. 227-249. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-crtica-a-la-luz-de-la-legislacin-espaola-0.pdf>. Acesso em: 22.06.2023.

SUTHERLAND, Edwin. Princípios de criminologia. Trad. Asdrúbal M. Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins. 1949.

SUTHERLAND, Edwin. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SYDOW, Spencer Toth. Entrevista com Ramon Ragués i Vallès. In: Revista Liberdades. n. 17. São Paulo: IBCCrim, set./dez. 2014. p. 8-10. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7393>. Acesso em: 05.03.2023.

SYDOW, Spencer Toht. A teoria da cegueira deliberada. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

TANNER, Christine Egger. *Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei. Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Zürich: Schulthess, 1999.

TARDE, Gabriel. *The laws of imitation*. Trad. E.C. Parsons. Nova York: The Mershon Company Press, 1903. Disponível em: https://monoskop.org/images/3/35/Tarde_Gabriel_The_Laws_of_Imitation.pdf. Acesso em: 28.06.2023.

TARSKI, Alfred. *Semantics, Metamathematics*. Oxford: Oxford University Press, 1956.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. In: Revista do Ministério Público do Estado do Paraná. v. 1. n. 1. Curitiba, 1972. p. 77-85. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/7199-19871-1-PB.pdf>. Acesso em 25.02.2023.

TAVARES, Juarez. Direito penal da negligência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

TAVARES, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2014.

TAYLOR, Greg. *Concepts of Intention in German Criminal Law*. In: *Oxford Journal of Legal Studies*. v. 24. n. 1, 2004. p. 99-127. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3600521>. Acesso em: 18.05.2023.

TEBET, Diogo. Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes. In: Boletim IBCRIM. v. 20. n. 237, 2012. p. 18-19. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim237.pdf>. Acesso em: 19.04.2023.

TEIXEIRA, Daniela. Parecer ao Conselho Federal da OAB. Processo 49.0000.2012.006678-6/CNECO. Brasília, 2012. p. 1-21. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-lavagem-profissionais-liberais-adi.pdf>. Acesso em: 15.06.2023.

TELO, Antônio José. A obra financeira de Salazar: a “ditadura financeira” como caminho para a unidade política, 1928-1932. In: *Análise Social*. v. 29. n. 128. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1994. p. 779-800. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223377734G3mJR3zd6Ys20EZ2.pdf>. Acesso em: 03.06.2023.

THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE. *Who we are*. FATF, 2017. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/about/whoweare/>. Acesso em: 18.11.2022.

THE LAW SOCIETY. *Obligations to report money laundering: the consent regime the Law Society's response to the Home Office Consultation*. London, mar. 2008. Disponível em: http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/dynamic/lresp_consentregime.pdf. Acesso em: 22.11.2022.

THE WOLFSBERG GROUP. *Wolfsberg statement: guidance on a risk based approach for managing money laundering risks*, 2006. p. 1-7. Disponível em: <https://www.cbr.ru/Content/Document/File/124095/rba.pdf>. Acesso em: 13.11.2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOMAZINI, Andressa. Teoria dos jogos aplicada à persecução penal. In: Canal Ciências Criminais, ago. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-jogos-aplicada/>. Acesso em: 27.01.2023.

TONDINI, Bruno M. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, fev. 2009. p. 1-38. Disponível em: www.caei.com.ar. Acesso: em 13.11.2022.

TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORRES, Jaime Vegas. *Presuncion de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2010.

TOZZINI, Carlos A. *Dolo, error y eximentes putativas*. Buenos Aires: Depalma, 1964.

TRAVANCAS, Victor. O Direito Constitucional e os ramos do Direito. Alguma coisa mudou? In: Wordpress.com, abr. 2013. Disponível em: <https://constitucionalidade.wordpress.com/tag/summa-divisio-classica/#:~:text=V%20%E2%80%93%20Enfim%2C%20a%20Summa%20Divisio,digna%20para%20todos%20os%20cidad%C3%A3os>. Acesso em: 21.04.2023.

TREVIZAN, Thaita Campos. A responsabilidade civil do advogado sob a perspectiva civil-constitucional. Vitória: Edufes, 2013.

UNGER, Brigitte; WAARDEN, Frans van. *Attempts to dodge drowning in data: rule and risk based anti-money laundering policies compared*. In: *Tjalling Koopmans Research Institute. Working paper*. Utrecht: Utrecht University, aug. 2009. p. 1-27. Disponível em: https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo_use_dp_2009_09-19.pdf. Acesso em: 20.01.2023.

VAIHINGER, Hans. *The Philosophy of “as if”*. Londres: Routledge, 2021.

VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: Ação civil *ex delicto*, jurisdição e competência. Questões e processos incidentes. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: atos e fatos processuais, comunicações processuais, sentença penal, procedimentos comuns e especiais. v. 7. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VALE, Ionilton Pereira do; OLIVEIRA, Magno Gomes de. Temas de Processo Penal: da prova e dos sujeitos processuais. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Dos órgãos de polícia criminal: natureza, intervenção, cooperação. Coimbra: Almedina, 2004.

VARELA, Casimiro A. *Valoración de la Prueba*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

VARGAS, José Cirilo de. Instituições de Direito Penal: parte geral. t. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VARGAS, José Cirilo de. Dolo eventual e culpa consciente. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. n. 55. Belo Horizonte, jul./dez.2009. p. 93-101. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/104-Texto%20do%20Artigo-191-1-10-20120525.pdf>. Acesso em: 26.02.2023.

VASSILIEFF, Silvia. A responsabilidade civil do advogado. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salo. Direito Civil: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERGARA, Pedro. Dos motivos determinantes no Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

VERVAELE, John A. E. A legislação antiterrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo? In: Revista Eletrônica de Direitos Humanos e Política Criminal. Porto Alegre, v. 2. n. 1, 2014. p. 29-67. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/palflen,+artigo-03-vervaele.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

VIANA, Eduardo, Dolo como compromisso cognitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 12. n. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar./abr. 2004. p. 11-30.

VILLA, Marco Antônio. Mensalão: o julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira. São Paulo: Leya, 2012.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *El principio de culpabilidad*. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis; HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (org.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 211-234.

VIVES ANTÓN, Tomás (org.). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VIVIANI, Ana Karina. Combate à lavagem de dinheiro. In: Revista Jus Navigandi. Teresina. v. 10. n. 684, mai. 2005. p. 1-5. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6739/combate-a-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 18.04.2023.

WALSH, Brian. *The Supreme Court's Willful Blindness Doctrine Opens the Door to More Wrongful Criminal Convictions*. In: WebMemo. n. 3304. Washington: The Heritage Foundation. jun, 2011. p. 1-4. Disponível em: http://thf_media.s3.amazonaws.com/2011/pdf/wm3304.pdf. Acesso em: 16.01.2023.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WATTERVILLE, Jacques de. *The protection of privacy vs. the prevention of financial crime*. In: *Private Banking Conference*. London, 2003. Disponível em www.dfae.admin.ch/sub_ecfin/f/home/docus/bank.html. Acesso em 28.03.2023.

WECHSLER, Herbert (Org.). *Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments. Part I: General Provisions* (Ss 1.01 to 2.13). Philadelphia: The American Law Institute. v. I. n. 11, 1985. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>. Acesso em 25.02.2023.

WEIGEND, Thomas. *Los límites de la complicidad punible*. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. v. 2. n. 10. Madrid: Uned, 2002. p. 199-213. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5050&dsID=Documento.pdf>. Acesso em: 19.05.2023.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. *Princípios de Direito Penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEISS, Martin A. *Terrorist financing: U.S. Agency Efforts and Inter-Agency Coordination* Washington, D.C: Congressional Research Service, aug. 2005. p. 1-56. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/terror/RL33020.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

WELTER, Antonio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.) *Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. p. 147-170.

WELZEL, Hans. *La teoría de la acción finalista*. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1951. Disponível em: <https://www.derechopenalenlared.com/libros/la-accion-finalista-hans-welzel.pdf>. Acesso em 26.12.2022.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1954.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELZEL, Hans. Culpa e delitos de circulação. In: *Revista de Direito Penal*. n. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, jun./set. 1971. p. 13-43.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán: parte general*. Trad. Juan Bustos Ramirez e Sergio Yanez Perez. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica, 1997.

WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.

WILLIAMS, Glanville. *Criminal Law: the general part*. 2. ed. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1961.

WILLIAMS, Glanville. *The mental element in crime*. Jerusalém: Magnes Press, 1965.

WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo. *Honorarios de los abogados defensores em causa penales y blanqueo de capitales desde una perspectiva europea: um mismo problema, una misma solución?* In: ROTSCH, Thomas (ed.). *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS). n. 11, 2007. p. 450-459. Disponível em:

<https://zdocx.com.br/download/honorarios-abogados-lavado-dinero-w1knyxzygk1r?hash=7eb4fbaedab6cc69ac282133e08e4cf5>. Acesso em: 29.01.2023.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus: investigaciones filosoficas sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa, 2000.

WOJTYLA, Karol. *The Acting Person*. Trad. de Andrzej Potocki. Dordrecht: Reidel Publishing Company, 1979.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

YACOBUCCI, Guillermo. *Intervención en el delito y conducta neutral*. In: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay H.; TOEPEL, Friedrich (orgs.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 615-627.

YANZI, Carlos V. Gallino. *La Antijuricidad y el Secreto Profesional*. Buenos Aires: Zavalía, 1972.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Lavado de Activos*. Santiago: EJS, 2020.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*. In: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.). *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero*. In: Normativa comunitaria, Cuadernos de Derecho Judicial, número I, CGPJ, Madrid, 1994.p. 107-142.

ZIEGLER, Jean. *A Suíça acima de qualquer suspeita*. Trad. Álvaro de Moya. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

ZIEGLER, Jean. *A Suíça lava mais branco*. São Paulo: Brasiliense. 1990.

ZIEGLER, Jean. *A Suíça, o ouro e os mortos*. Trad. Ana Barradas. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ZILIO, Jacson Luiz. Conhecimento, vontade, erro e dúvida no direito penal. In: PIERRE, Mayda Goite (org.). *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*. v. 1. 1. ed. Habana: Editorial UNIJURIS, 2015. p. 183-196.

ELEMENTOS INFORMATIVOS ONLINE

ABDALA, José Antônio. Carlinhos Cachoeira é preso em operação contra lavagem de dinheiro. In: Jusbrasil, abr. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/carlinhos-cachoeira-e-preso-em-operacao-contralavagem-de-dinheiro/356200305>. Acesso em: 08.06.2023.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Pós-verdade, 2023. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/pos-verdade>. Acesso em: 08.03.2023.

ALESI, Gil. Acordo pela paz entre PCC e Comando Vermelho derruba homicídios em Fortaleza. In: *El Pais*, ago. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/19/politica/1471617200_201985.html. Acesso em: 06.06.2023.

ALVARENGA, Camila. Ex-guerrilheiro e dirigente histórico do PT retomou história da operação e refletiu sobre seu legado para a esquerda brasileira. In: *Opera Mundi*, abr. 2022. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/20-minutos/74030/jose-genoino-guerrilha-do-araguaia-ensina-que-revolucao-deve-vir-do-povo>. Acesso em: 06.06.2023.

ÂNGELO, Tiago. Para OAB, advogado, em outra função, deve informar atividade suspeita de cliente. In: *Consulta Jurídico*, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/proposta-preve-advogado-comunique-operacoes-suspeitas-clientes#:~:text=Ela%20tamb%C3%A9m%20ressalta%20que%20a,9%C2%BA%2C%20XIV%2C%20da%20norma>. Acesso em: 25.04.2023.

BARBIERI, Cristiane. Os negócios do PCC. In: *Época Negócios*, jan. 2015. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2015/01/pcc-s.html>. Acesso em: 06.06.2023.

BARBOZA, Sandro. PCC investe na formação de candidatos de concursos para juízes e promotores. In: *Jornal da Band*, jun. 2023. Disponível em: <https://www.band.uol.com.br/noticias/jornal-da-band/ultimas/pcc-investe-na-formacao-de-candidatos-de-concursos-para-juizes-e-promotores-16611725>. Acesso em: 23.06.2023.

BBC. Morte de ex-espião passa a ser tratada como assassinato. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2006/12/061206_espiaorussodt. Acesso em: 20.01.2023.

BEIRANGÊ, Henrique. O que diferencia o caso Banestado da Operação Lava Jato? In: Jusbrasil, abr. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-que-diferencia-o-caso-banestado-da-operacao-lava-jato/332167264>. Acesso em: 09.06.2023.

BERTOLOTTO, Rodrigo. Argentina ressurgue como refúgio nazista. In: Folha de São Paulo, dez. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/12/22/mundo/20.html>. Acesso em: 03.06.2023.

BEZERRA, Juliana. Revolução de 1930. In: Toda matéria, 2023. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-de-1930/>. Acesso em: 13.04.2023.

BEZERRA, Juliana. Revolução dos Cravos. In: Toda Matéria, 2023. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-dos-cravos/>. Acesso em: 23.03.2023.

BÍBLIA. Antigo Testamento. Deuteronômio, 23:19. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/dt/23>. Acesso em: 21.03.2023.

BORDIN, Ricardo. Criar dificuldades e vender facilidades: um caso concreto. In: Instituto Liberal, set. 2018. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/criar-dificuldades-e-vender-facilidades-um-caso-concreto/>. Acesso em 08.06.2023.

BRÍGIDO, Carolina. Lavagem de dinheiro: sentença ainda é rara; doze anos após lei específica, apenas 17 processos. In: O Globo. Rio de Janeiro, jun. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/lavagem-de-dinheiro-sentenca-ainda-rara-doze-anos-apos-lei-especifica-apenas-17-processos-2959387>. Acesso em: 19.11.2022.

BRITO, Ricardo. Defesa de Cachoeira tenta esfriar CPI, diz Miro Teixeira. In: Exame, mai. 2012. Disponível em: <https://exame.com/mundo/defesa-de-cachoeira-tenta-esfriar-cpi-diz-miro-teixeira/>. Acesso em: 08.06.2023.

BUENO, Jesús García. Messi é julgado por fraude fiscal: entenda o caso em 10 pontos-chaves. In: *El País*, jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/30/deportes/1464593454_854338.html. Acesso em 08.06.2023.

CARTA CAPITAL. A origem do dinheiro. In: Carta Capital, jun. 2012. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/a-origem-do-dinheiro/>. Acesso em: 08.06.2023.

CASTRO, Elizabete. Três empresários são condenados por corrupção no Banestado. In: Tribuna. Curitiba, set. 2009. Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/politica/tres-empresarios-sao-condenados-por-corrupcao-no-banestado/>. Acesso em: 28.06.2023.

CHÉROLET, Brenda. Brasil é o país com maior número de advogados por habitantes do mundo, diz OAB. Cerca de 1,3 milhão de pessoas exercem a profissão regularmente. In: Educa mais Brasil, jun. 2023. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/carreira/brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-advogados-por-habitantes-do-mundo-diz-oab>. Acesso em: 01.07.2023.

CONNECTOMUS. O que é heurística? In: Instituto Conectomus, jul. 2020. Disponível em: <https://institutoconectomus.com.br/o-que-e-heuristica/>. Acesso em: 10.03.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. 2ª Turma do STF anula denúncia do MPF na ação da Fecomércio do Rio, nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-24/turma-stf-anula-denuncia-mpf-acao-fecomercio-rio>. Acesso em: 12.06.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. Ex-secretário do PT faz acordo para suspender ação no mensalão, jan. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jan-24/silvio_pereira_faz_acordo_suspender_acao_mensalao. Acesso em: 28.06.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. Juiz da Satiagraha. Fausto De Sanctis voltará a julgar casos criminais, agora como desembargador, ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-04/fausto-sanctis-voltara-julgar-casos-criminais-agora-trf>. Acesso em: 11.06.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. OAB criminaliza violação de sigilo do advogado mesmo com cliente alvo, jun. 2020. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-jun-15/oab-aprova-sumula-criminaliza-violacao-sigilo-advogado. Acesso em: 25.04.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. PF atua em 7 estados e invade ao menos três escritórios, jun. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-jun-30/policia_federal_invade_tres_escritorios_advocacia. Acesso em 25.04.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. Por falta de justa causa, juiz extingue processo contra advogados da Fecomércio, abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-06/juiz-extingue-processo-advogados-fecomercio-rio>. Acesso em: 12.06.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. Por lavagem de dinheiro, MPF apresenta nova denúncia contra Sérgio Cabral, jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/lavagem-dinheiro-mpf-apresenta-denuncia-cabral>. Acesso em: 29.06.2023.

CONSULTOR JURÍDICO. Tacla Duran implica Moro e Dallagnol em suposta extorsão; caso vai ao STF, mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-27/tacla-duran-sofreu-tentativa-extorsao-moro-dallagnol>. Acesso em: 12.06.2023.

CÓRDOVA, Milton. Honorários advocatícios de origem ilícita: crime de lavagem de dinheiro. In: Portal de Amazônia, nov. 2018. Disponível em: <https://www.deamazonia.com.br/?q=278-conteudo-96590-milton-cordova-honorarios-advocaticios-de-origem-ilicita-crime-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 25.04.2023.

CORREIO 24 HORAS. Ronaldinho Gaúcho e irmão são liberados pela Justiça do Paraguai para voltar ao Brasil, ago. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/ronaldinho-gaucho-e-irmao-sao-liberados-pela-justica-do-paraguai-para-voltar-ao-brasil/>. Acesso em: 09.06.2023.

CORREIO DO ESTADO. Ex-deputado Pedro Corrêa é condenado a regime fechado, nov. 2012. Disponível em: <https://correiodoestado.com.br/politica/ex-deputado-pedro-correa-e-condenado-a-regime-fechado/167314/>. Acesso em: 29.06.2023.

COSTA, Keilla Renata. “Sólon”. In: Brasil Escola, 2023. Disponível em: [https://brasilescola.uol.com.br/biografia/solon.htm#:~:text=Governador%20de%20Atenas%2C%20nascido%20nesta,liderar%20os%20atenienses%20\(600%20a](https://brasilescola.uol.com.br/biografia/solon.htm#:~:text=Governador%20de%20Atenas%2C%20nascido%20nesta,liderar%20os%20atenienses%20(600%20a). Acesso em: 23.06.2023.

COUTINHO, Leonardo. As várias faces do PCC: a origem e evolução da maior organização criminosa do Brasil. In: Estadão, mai. 2019. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/as-varias-faces-do-pcc-a-origem-e-evolucao-da-maior-organizacao-criminosa-do-brasil/#:~:text=Cartas%20da%20Mal%C3%A1sia-.As%20v%C3%A1rias%20faces%20do%20PCC%3A%20a%20origem%20e%20evolu%C3%A7%C3%A3o,maior%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20do%20Brasil&te>

xt=O%20Brasil%20%C3%A9%20o%20pa%C3%Ad,identidade%20de%20grupo%5B1%5D
Acesso em: 06.06.2023.

COUTINHO, Leonardo. *The Evolution of the Most Lethal Criminal Organization in Brazil - the PCC. Security in the western hemisphere*. In: Prism 8. n. 1. Washington: National Defense University Stable, 2019. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/pdf/26597310.pdf?refreqid=fastly-default%3Aba5b649a79052b7456fb4989f93e9c7b&ab_segments=0%2Fbasic_phrase_search%2Fcontrol&origin=&initiator=search-results&acceptTC=1. Acesso em: 06.06.2023.

COUTO, Marlen. Após petista ser preso com dólares na cueca, Genoíno deixa presidência do PT. In: O Globo, jul. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/acervo/em-destaque/apos-petista-ser-preso-com-dolares-na-cueca-genoino-deixa-presidencia-do-pt-16716774>. Acesso em: 28.06.2023.

CRISTO, Alessandro. Fraude no Banestado. Juiz absolve último acusado por evasão de divisas. In: Consultor Jurídico, dez. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-24/juiz-absolve-ultimo-acusado-evasao-divisas-banestado>. Acesso em: 11.06.2023.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Áustria recusa-se a levantar sigilo bancário. Disponível em: <https://www.dn.pt/economia/austria-recusa-se-a-levantar-sigilo-bancario-3152008.html>. Acesso em: 28.03.2023.

DW MADE FOR MINDS. O caso Litvinenko. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/especial-o-caso-litvinenko/a-2266492>. Acesso em: 20.01.2023.

DW. 1648: Paz da Vestfália encerrava Guerra dos Trinta Anos, 2023. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1648-paz-da-vestf%C3%A1lia-encerrava-guerra-dos-trinta-anos/a-660411>. Acesso em: 02.06.2023.

EGMONT GROUP. *UIF Models*. Disponível em: <https://egmontgroup.org/>. Acesso em: 20.01.2023.

EL PAÍS. Juiz britânico vê ligação entre Vladimir Putin e a morte do espião Litvinenko. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/21/internacional/1453368142_542849.html. Acesso em: 20.01.2023.

ELIAS, Alice. Golpe do Estado Novo. In: Hoje na História. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/40790>. Acesso em 13.04.2023.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Alvos da Operação Dragão lavaram R\$ 50 milhões, diz Procuradoria, nov. 2016. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/11/epoca-negocios-alvos-da-operacao-dragao-lavaram-r-50-milhoes-diz-procuradoria.html>. Acesso em: 12.06.2023.

ESTADÃO. Os Toupeiras. A história do furto ao banco central, ago. 2015. Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/cidades/os-toupeiras-furto-banco-central/>. Acesso em: 28.06.2023.

ESTEVES, Eduarda; TAVARES, Gabriel; WANDERLEY, Ed. Lava Jato: Juiz Eduardo Appio é afastado cautelarmente pelo TRF-4. In: UOL Notícias, mai. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2023/05/22/eduardo-appio-trf-4.htm>. Acesso em: 12.06.2023.

ETCHEVERRY, Juan Eduardo Couture. Os 10 mandamentos do advogado. In: Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://advogadodigitalbr.jusbrasil.com.br/noticias/651010287/os-10-mandamentos-do-advogado>. Acesso em: 05.04.2023.

EXAME. Luxemburgo acabará com sigilo bancário para países da UE. Disponível em: <https://exame.com/mundo/luxemburgo-acabara-com-sigilo-bancario-para-paises-da-ue/>. Acesso em: 28.03.2023.

EXAME. Os 393 milhões de reais de Marcio Thomaz Bastos, mai. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/os-393-milhoes-de-reais-de-marcio-thomaz-bastos/>. Acesso em 25.04.2023.

FEBBRO, Eduardo. Carta Maior: o circuito de bancos internacionais que lava o dinheiro de ditadores. In: CONTRAF-CUT, mar. 2011. Disponível em: <https://contrafcut.com.br/noticias/carta-maior-o-circuito-de-bancos-internacionais-que-lava-o-dinheiro-de-ditadores-18c7/>. Acesso em: 05.06.2023.

FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION – FDIC. *Press releases*. Washington, 1999. Disponível em: <http://www.fdic.gov/news/news/press/1999/pr9914.html>. Acesso em: 19.11.2022.

FERNANDES, Kamila. PF prende donos de revendedora por suposta ligação com assalto ao BC. In: Folha de S. Paulo, ago. 2005. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u111924.shtml>. Acesso em: 28.06.2023.

FERREIRA, Antônio Oneildo. Munus público da advocacia é respeito ao cidadão e interesses da sociedade. In: Consultor Jurídico, set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-18/antonio-ferreira-munus-publico-advocacia-respeito-cidadao>. Acesso em: 01.07.2023.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). *Mutual evaluation report executive summary. Anti-money laundering and combating the financing of terrorism. Federative Republic of Brazil*. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/17/16/45539491.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK (FINCEN). *History of anti-money laundering laws*. Washington. Disponível em: http://www.fincen.gov/news_room/aml_history.html. Acesso em: 19.11.2022.

FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK (FINCEN). *Suspicious activity report form*. Washington, 2012. Disponível em: http://www.fincen.gov/forms/files/f9022-47_sardi.pdf. Acesso em: 19.11.2022.

FONDATIONS DES ARCHIVES DE LA FAMILLE PICTET. *Notice sur Charles Pictet de Rochemont (1755-1824). Negociateur des frontieres du Canton de Geneve, artisan de la reconnaissance par l'Europe de la neutralité permanent de la Suisse*. Genève, 2015. Disponível em: https://www.archivesfamillepictet.ch/fileadmin/bibliographie/documents/PictetdeRochemont_06_2016.pdf. Acesso em: 02.06.2023.

FONSECA, Alana; CASTRO, Fernando; KANIAK, Thais. Pedro Corrêa é condenado a 20 anos de prisão por crimes na Lava Jato. In: Paraná RPC, out. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/10/pedro-correa-e-condenado-20-anos-de-prisao-por-crimes-na-lava-jato.html>. Acesso em: 29.06.2023.

FONTENELLE NETO, José Edilson da Cunha. Macrocriminalidade e criminalidade estrutural/cultural: uma leitura da “nova” categoria de macrocriminalidade a partir de Pierre

Bourdieu. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/33-Texto%20do%20Artigo-56-1-10-20210615.pdf>. Acesso em: 28.12.2022.

FRAZÃO, Diva. Epicuro: filósofo grego. In: eBiografia, 2023. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/epicuro/>. Acesso em: 10.03.2023.

FUNDAÇÃO ANFIP. A semente dos escândalos, nov. 2016. Disponível em: <https://fundacaoanfip.org.br/a-semente-dos-escandalos/>. Acesso em: 09.06.2023.

GAFI. *Guidance for a risk-based approach*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Fatfguidanceontherisk-basedapproachtocombatingmoneylaunderingandterroristfinancing-highlevelprinciplesandprocedures.html>. Acesso em: 20.01.2023.

GAFI. *Money laundering using New Payment Methods*. Paris: GAFI, 2010. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Moneylaunderingusingnewpaymentmethods.html>. Acesso em 20.01.2023.

GAFI. Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo. Recomendações do GAFI. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/recomendacoes-gafi.pdf>. Acesso em: 27.01.2023.

GAZETA DO POVO. 10 frases inspiradoras de Stan Lee, o criador de heróis da Marvel., fev. 2018. Disponível em <https://www.semprefamilia.com.br/frasesemensagens/10-frases-inspiradoras-de-stan-lee-o-criador-de-herois-da-marvel/>. Acesso em 16.05.2023.

GLOBAL BANKS: *Global standards*. *Wolfsberg News*, jun. 2012. Disponível em: www.wolfsbergprinciples.com/. Acesso em: 13.11.2022.

GLOBO ESPORTE. Ronaldinho e Assis depositaram R\$ 42 mil para iniciar processo de naturalização, diz ministro, mar. 2020. Disponível em: <https://ge.globo.com/futebol/futebol-internacional/noticia/ronaldinho-e-assis-depositaram-r-42-mil-para-iniciar-processo-de-naturalizacao-diz-ministro.ghhtml>. Acesso em: 09.06.2023.

GONÇALVES, Eduardo. PCC S/A: a gestão empresarial do crime organizado. In: Revista Veja, fev. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/especiais/pcc-sa-a-gestao-empresarial-do-crime-organizado>. Acesso em: 06.06.2023.

GONÇALVES, João Alferes. Ciberdúvidas da Língua Portuguesa, 2004. Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/tomar-a-nuvem-por-juno/13049>. Acesso em: 15.04.2023).

HISTÓRIA DO MUNDO. Congresso de Viena, 2023. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/congresso-de-viena.htm>. Acesso em: 02.06.2023.

HISTÓRIA DO MUNDO. Segunda Guerra Mundial, 2023. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/segunda-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 03.06.2023).

HISTORY. Outlaw Frank James nascido em Missouri, 2023. Disponível em: <https://www-history-com.translate.goog/this-day-in-history/outlaw-frank-james-born-in-missouri? x tr sl=en& x tr tl=pt& x tr hl=pt-BR& x tr pto=sc>. Acesso em: 13.06.2023).

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). *The news according to justice info*, jun. 2023. Disponível em: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc>. Acesso em: 04.03.2023.

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF). *World economic and financial surveys: world economic outlook database: April 2008: by countries (country-level data)*. 2008. Washington, Disponível em: <http://tinyurl.com/7nfmj3y>. Acesso em: 12.11.2022.

ISTO É. A ação política do PCC, jul. 2016. Disponível em: <https://istoe.com.br/acao-politica-do-pcc/>. Acesso em: 06.06.2023.

ITURBE-ORMAECHE, Ignacio Montoro. *La ignorancia deliberada: Señoría, yo no sabía nada, soy futbolista*. In: *LegalToday*, mai. 2017. Disponível em: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-ignorancia-deliberada-senoria-yo-no-sabia-nada-soy-futbolista>. Acesso em 08.06.2023.

JELIN, Daniel. O dia em que o PCC “virou o sistema” e se apresentou ao Brasil. In: *Revista Veja*, jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reveja/o-dia-em-que-o-pcc-8220-virou-o-sistema-8221-e-se-apresentou-ao-brasil>. Acesso em: 06.06.2023.

JOZINO, Josmar. PCC planejou carro-bomba para explodir Bolsa em SP e imitar Torres Gêmeas. In: *UOL Notícias*, mar. 2021. Disponível em:

<https://noticias.uol.com.br/colunas/josmar-jozino/2021/03/10/pcc-quis-explodir-a-bolsa-de-valores-inspirado-em-atentado-as-torres-gemeas.htm>. Acesso em: 06.06.2023.

LA VANGUARDIA. *Rusia, declarada responsable del asesinato de Litvinenko*. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210921/7735496/tribunal-europeo-alexander-litvinenko-rusia-matar-culpable.html>. Acesso em: 20.01.2023.

LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas. In: Revista Super Interessante, set. 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas>. Acesso em: 06.06.2023.

LARANJEIRA, Ronaldo (org.). Segundo Levantamento Nacional de Álcool e Drogas. São Paulo: Inpad, 2012. Disponível em: <https://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 06.06.2023.

LINHARES, Juliana; PEREIRA, Camila. O PCC ataca, mas também leva. In: Revista Veja. v. 39. n. 32, ago. 2006. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/veja-2-8211-a-denuncia-do-mp-contra-o-pcc>. Acesso em: 25.06.2023.

LUCHIARI, Rodrigo. Justiça obriga Veja a alterar matérias. In: Observatório da Imprensa. v. 23. n. 1240, set. 2006. Disponível em: <https://www.observatoriodaimprensa.com.br/educacao-e-cidadania/caderno-da-cidadania/justica-obriga-veja-a-alterar-materias/>. Acesso em: 06.06.2023.

MACEDO, Fausto; COUTINHO, Mateus. Prefeito de Embu acusado de lavar dinheiro do PCC toma posse. In: Estadão, fev. 2017. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/prefeito-de-embu-acusado-de-lavar-dinheiro-do-pcc-toma-posse/>. Acesso em: 06.06.2023.

MACEDO, Fausto. Arrastão da PF prende 24 advogados e empresários. In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, jul. 2005. Disponível em: <https://www.etco.org.br/etco-na-midia/arrastao-da-pf-prende-24-advogados-e-empresarios/>. Acesso em: 12.06.2023.

MARVEL STUDIOS. *Amazing Fantasy*. v. 115, 2023. Disponível em: https://marvel.fandom.com/pt-br/wiki/Amazing_Fantasy_Vol_1_15. Acesso em: 16.05.2023.

MIGALHAS. Advogado Oliveira Neves tem *habeas corpus* concedido, fev. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/21368/advogado-oliveira-neves-tem-habeas-corpus-concedido>. Acesso em: 12.06.2023.

MIGALHAS. STF ordena trancamento de uma ação penal contra Newton José de Oliveira Neves, fev. 2007. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/35817/stf-ordena-trancamento-de-uma-acao-penal-contr-newton-jose-de-oliveira-neves>. Acesso em: 12.06.2023.

MIGALHAS. Supremo condena oito réus do mensalão por lavagem de dinheiro, set. 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/163992/supremo-condena-oito-reus-do-mensalao-por-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 28.06.2013.

MIGALHAS. TJ/SP libera patrimônio de réus para pagamento de honorários, jul. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/388999/tj-sp-libera-patrimonio-de-reus-para-pagamento-de-honorarios>. Acesso em: 01.07.2023.

MILITÃO, Eduardo. Tráfico de droga move R\$17 bi por ano, diz general que defende legalização. In: Portal UOL, dez. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/12/21/trafico-de-droga-move-r-17-bi-por-ano-diz-general-que-defende-legalizacao.htm>. Acesso em: 06.06.2023.

MORAIS, Raquel. Carlinhos Cachoeira é preso em Goiânia por fraudes na loteria carioca. In: Portal G1, mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/carlinhos-cachoeira-e-preso-em-goiania-por-fraudes-na-loteria-carioca.ghtml>. Acesso em: 08.06.2023.

MUNDO DA EDUCAÇÃO. Arquimedes, 2013. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/fisica/arquimedes.htm>. Acesso em 27.05.2023.

NOGUEIRA, Davi. Advogado delata clientes e colegas de profissão para o Ministério Público. In: Diário do Centro do Mundo, set. 2019. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/advogado-delata-clientes-e-colegas-de-profissao-para-o-ministerio-publico/>. Acesso em: 25.04.2023.

NOSSO DIREITO EM AÇÃO. Reconhecidas extinções de penas para condenados por lavagem de dinheiro no “Mensalão”, mar. 2021. Disponível em: <https://www.nossodireito.com.br/2021/03/25/reconhecidas-extincoes-de-penas-para-condenados-por-lavagem-de-dinheiro-no-mensalao/>. Acesso em: 28.06.2023.

O GLOBO. Áustria vai manter o sigilo bancário. Disponível em: https://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL1041149-9356,00-AUSTRIA+VAI+MANTER+O+SIGILO+BANCARIO.html. Acesso em: 28.03.2023.

O GLOBO. Delegado Protógenes é exonerado da PF pelo Ministério da Justiça, out. 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/delegado-protogenes-e-exonerado-da-pf-pelo-ministerio-da-justica.html>. Acesso em: 11.06.2023.

O GLOBO. Entenda o que foi o regime racista do apartheid e como ele foi derrubado, dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/12/26/entenda-o-que-foi-o-regime-racista-do-apartheid-e-como-ele-foi-derrubado.gh.html>. Acesso em: 05.06.2023.

O GLOBO. Não me interessa de onde o cliente está tirando o dinheiro, diz advogada de preso, mai. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/nao-me-interessa-de-onde-cliente-esta-tirando-dinheiro-diz-advogada-de-preso-22722182>. Acesso em: 25.04.2023).

O GLOBO. PF deflagra 36ª fase da Lava Jato e mira dois suspeitos de lavagem, nov. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/11/policia-federal-cumpre-novos-mandados-da-lava-jato.html>. Acesso em: 12.06.2023.

O GLOBO. Prefeito de Itaitinga, Paulo César Feitosa morre aos 57 anos, ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/08/06/prefeito-de-itaitinga-paulo-cesar-feitosa-morre-aos-57-anos.gh.html>. Acesso em: 28.06.2023.

O GLOBO. SP tem a menor taxa de homicídios do Brasil e redução de 46% nos assassinatos de 2006 a 2016, diz Atlas da Violência, jun. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/sp-tem-a-menor-taxa-de-homicidios-do-brasil-e-reducao-de-46-nos-assassinatos-de-2006-a-2016-diz-atlas-da-violencia.gh.html>. Acesso em: 06.06.2023.

O GLOBO. Suíça e Luxemburgo também dispostos a flexibilizar seu sigilo bancário. Disponível em: https://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL1041282-9356,00-SUICA+E+LUXEMBURGO+TAMBEM+DISPOSTOS+A+FLEXIBILIZAR+SEU+SIGILO+BANCARIO.html. Acesso em: 28.03.2023.

O POVO. Entenda o caso Banestado, ponto de partida da série “O Mecanismo”, da Netflix, mar. 2018. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/politica/2018/03/entenda-o-que-foi-o-caso-do-banestado-narrado-em-o-mecanismo.html>. Acesso em: 11.06.2023.

O TEMPO. Paraguai investiga Ronaldinho por lavagem de dinheiro e organização criminosa, mar. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/mobile/sports//paraguai-investiga-ronaldinho-por-lavagem-de-dinheiro-e-organizacao-criminosa-1.2309671>. Acesso em: 09.06.2023.

OLIVEIRA, Ezyle Rodrigues de. Advogado é suspenso pela OAB-GO por delatar cliente em operação do MP. In: Juristas, dez. 2019. Disponível em: <https://juristas.com.br/2019/12/13/advogado-e-suspenso-pela-oab-go-por-delatar-cliente-em-operacao-do-mp/>. Acesso em: 25.04.2023.

OLIVEIRA, Kelly. Advogado alvo da Lava Jato é preso na Espanha. In: Agência Brasil, nov. 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/advogado-alvo-da-lava-jato-e-preso-na-espanha>. Acesso em: 12.06.2023.

OLIVEIRA, Mariana. MP investiga arquivamento de inquérito a vice-presidente angolano. In: Público, fev. 2016. Disponível em: <https://www.publico.pt/2016/02/23/sociedade/noticia/pj-detem-procurador-do-ministerio-publico-por-suspeitas-de-corrupcao-1724133>. Acesso em: 24.06.2023.

OUTLAW, Frank James. Frases célebres. In: Pensador. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/OTYxODkz/>. Acesso em: 29.01.2023.

PARA ENTENDER DIREITO. Thomaz Bastos: advogado que é pago com dinheiro do crime pratica receptação?, mai. 2012. In: Portal UOL. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/blog/thomaz-bastos-advogado-que-pago-com-dinheiro-do-crime-pratica-receptao>. Acesso em: 08.06.2023.

PÉREZ, Fernando J. “Ignorância deliberada” levou Messi a ser condenado. In: *El País*, jul. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/06/deportes/1467812827_997672.html. Acesso em: 08.06.2023.

PINHEIRO, Aline. Leia a íntegra do pedido de HC de Oliveira Neves ao STF. In: Consultor Jurídico, dez. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-dez-13/leia_pedido_hc_favor_oliveira_neves?pagina=15. Acesso em: 12.06.2023.

RAMOS, Raphael. Os seis meses de Ronaldinho Gaúcho no Paraguai, da prisão à condenação e soltura. In: Portal Terra, set. 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/esportes/futebol/os-seis-meses-de-ronaldinho-gaucha-no-paraguai-da-prisao-a-condenacao-e-soltura,f017526a030754d8a8e525725e0d4b004wj2l2z7.html>. Acesso em: 09.06.2023.

REVISTA VEJA. PF prende Carlinhos Cachoeira em operação contra lavagem de dinheiro, jun. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/pf-prende-carlinhos-cachoeira-em-operacao-contralavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 08.06.2023.

RICHTER, André. Toffoli autoriza depoimento de Tacla Duran na Câmara. Advogado mora na Espanha e responde a processo por lavagem de dinheiro. In: Agência Brasil, jun. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-06/toffoli-autoriza-depoimento-de-tacla-duran-na-camara>. Acesso em: 12.06.2023.

ROSA, Luís. Vice-presidente de Angola formalmente acusado de corrupção activa de procurador do MP. In: Oservador, fev. 2017. Disponível em: <https://observador.pt/2017/02/16/vice-presidente-de-angola-formalmente-acusado-de-corrupcao-activa-de-procurador-do-mp/>. Acesso em: 24.06.2023.

SANTOS, Carlos Diogo. Fizz. Toda a história da corrupção. In: Nascer do Sol, jan. 2018. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/597145/fizz-toda-a-historia-da-corrupcao>. Acesso em: 24.06.2023.

SANTOS, Geovani. Satiagraha Anulada! STF confirma Anulação da Operação Satiagraha. In: Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/satiagraha-anulada-stf-confirma-anulacao-da-operacao-satiagraha/203179093>. Acesso em: 11.06.2023.

SCOCUGLIA, Livia. Justiça absolve advogados e clientes do Oliveira Neves. In: Consultor Jurídico, mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-11/advogados-clientes-oliveira-neves-nao-cometeram-evasao-decisao>. Acesso em: 12.06.2023.

SCRIBONI, Marília. Procurador propõe representação contra Thomaz Bastos. In: Consultor Jurídico, mai. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/procurador-thomaz-bastos-seja-processado-receber-honorarios>. Acesso em 08.06.2023.

SEPULVEDA, Antônio e LAZARI, Igor. Interessa de onde vem o dinheiro que paga o advogado? In: Jusbrasil, 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/13/interessa-de-onde-vem-dinheiro-que-paga-o-advogado/>. Acesso em 25.04.2023.

SETTE, Guilherme. O que queria Ronaldinho? In: IstoÉ, mar. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-que-queria-ronaldinho/>. Acesso em: 09.06.2023.

SILVA, Daniel Neves. Esfinge. In: Brasil Escola, 2023. <https://brasilescola.uol.com.br/mitologia/esfinge.htm>. Acesso em: 19.04.2023.

SIMÃO, Bruno. Denúncia anónima gerou investigação secreta ao procurador que arquivou processos de Angola. In: Jornal de Negócios, fev. 2016. Disponível em: https://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/denuncia_anonima_gerou_investigacao_secreta_ao_procurador_que_arquivou_processos_de_angola. Acesso em: 24.06.2023.

SIMÕES, Lígia. Advogados contra nova lei de branqueamento de capitais. In: Jornal Económico, set. 2017. Disponível em: <https://jornaleconomico.pt/noticias/advogados-contra-nova-lei-de-branqueamento-de-capitais-212650>. Acesso em: 15.04.2023.

SIQUEIRA, Francisco. Operação Macuco apura lavagem de dinheiro em agência do Banestado. In: Folha de São Paulo, fev. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0902200320.htm>. Acesso em: 09.06.2023.

SIQUEIRA, Vanessa. Tribunal de Justiça condena ex-prefeito de Rio Largo a mais de 16 anos de prisão. In: Cada Minuto, set. 2016. Disponível em: <https://www.cadaminuto.com.br/noticia/2016/09/06/justica-condena-a-mais-de-13-anos-de-prisao-ex-prefeito-de-rio-largo>. Acesso em: 29.06.2023.

SÓ HISTÓRIA. Pandora, 2023. Disponível em: <https://www.sohistoria.com.br/ef2/mitologiagrega/p1.php>. Acesso em: 03.06.2023.

SÓLON. Frases. In: Pensador. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjMyMg/>. Acesso em: 23.06.2023.

TOMAZELA, José Maria. PCC financiou campanha de vereador eleito, diz Ministério Público. In: Estadão, out. 2016. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/sao-paulo/pcc-financiou-campanha-de-vereador-eleito-diz-gaeco/>. Acesso em: 06.06.2023.

TREZZI, Humberto. Ronaldinho e Assis são investigados por lavagem de dinheiro no Paraguai. In: GZH Esportes, mar. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/noticia/2020/03/ronaldinho-e-assis-sao-investigados-por-lavagem-de-dinheiro-no-paraguai-ck7hy8jmo02au01oa2g9lntyq6.html#:~:text=Ronaldinho%20e%20Assis%20est%C3%A3o%20presos,tamb%C3%A9m%20por%20lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 09.06.2023.

UNA-SUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus, mar. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 09.06.2023.

UNIVERSO DA PSICOLOGIA. Resumo: Id, Ego e Superego. In: Psicoativo.com, out. 2016. Disponível em: <https://psicoativo.com/2016/05/resumo-id-ego-e-superego.html>. Acesso em 02.03.2023.

VALENTE, Fernanda. Mais um projeto quer obrigar advogados a provar origem legal dos honorários. In: Consultor Jurídico, jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-02/projeto-obrigar-advogados-provar-origem-legal-honorarios>. Acesso em 13.07.2019.

VEIGA, Edison. Massacre do Carandiru: 30 anos da maior chacina numa prisão brasileira. In: Portal G1, out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/10/02/massacre-do-carandiru-30-anos-da-maior-chacina-numa-prisao-brasileira.ghtml>. Acesso em: 06.06.2023).

VICTORIO, Diórgeres de Assis. Operação Ethos: quando advogados se unem com o PCC para a prática de crimes. In: Jusbrasil, abr. 2020. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/sessao/encerrada?next_url=https%253A%252F%252Fwww.jusbrasil.com.br%252Fartigos%252Foperacao-ethos-quando-advogados-se-unem-com-o-pcc-para-a-pratica-de-crimes%252F407951521. Acesso em: 06.06.2023.

VIEIRA, Padre Antônio. Frases do Padre Antônio Vieira. In: Pensador. Disponível em: https://www.pensador.com/frases_padre_antonio_vieira/. Acesso em: 23.04.2023.

WASELFISZ, Jacob. Mapa da violência. Brasília: Unesco, 2013. p. 43. Disponível em: https://flacso.org.br/files/2020/03/mapa2013_homicidios_juventude.pdf. Acesso em: 06.06.2023.

WIESEL, Elias. Frases. In: Pensador, 2023. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjE4MjMyNA/>. Acesso em 02.06.2023.

JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. *Bundesgerichtshof* (BGHSt). Decisões do Tribunal Constitucional Federal, 2023. Disponível em: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2005&Seite=100>. Acesso em 14.06.2023.

ALEMANHA. Código Penal Alemão (StGB). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>. Acesso em 20.01.2023.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20.05.2023.

ALEMANHA. Ministério Federal da Justiça. Código Fiscal da Alemanha. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/. Acesso em: 17.06.2023.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Processo nº 2 BvR 950/05. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/07/rk200607_04_2bvr095005.html. Acesso em: 17.06.2023.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Processos nº 2 BvR 2558/14, nº 2 BvR 2571/14, nº 2 BvR 2573/14. Sentença de 28 de julho de 2015. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/07/rk201507_28_2bvr255814.html. Acesso em: 17.06.2023.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. In: *Philadelphia American Law Institute*, 1962. § 2.02(4). Disponível em: https://www.ali.org/media/filer_public/23/5d/235db86d-f32c-4b7a-b441-b714a53c7981/mpc-culpability-requirements-202.pdf. Acesso em 26.02.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Morreu nesta madrugada o ex-deputado José Janene, ago. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/205004-morreu-nesta-madrugada-o-ex-deputado-jose-janene/>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 117/2003, de autoria do Senador Magno Malta: Altera a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia, para identificar os honorários percebidos de indiciados em crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. Arquivado em 29.11.2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 577/2003, de autoria do Deputado Alberto Fraga: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 712/2003, de autoria do Deputado Bispo Waderval: Altera os arts. 34, 37 e 38 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que “Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”, para incluir nas hipóteses de infração disciplinar a percepção de importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5562/2005, de autoria do Deputado Capitão Weyne: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 18.06.2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6413/2005, de autoria do Senador Antônio Carlos Magalhães: Acrescenta o art. 261-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e altera o § 2º do art. 5º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, para determinar que os acusados de envolvimento nos crimes que especifica sejam representados por defensor dativo. Arquivado em 18.06.2007. Disponível

em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 138/2007, de autoria do Deputado Neucimar Fraga: Cria obrigações para advogado e tipifica a conduta de receptação qualificada. Altera a Lei nº 8.906, de 1994 e o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Arquivado em 21.01.2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4341/2012, de autoria do Deputado Chico Alencar: Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Arquivado em 31.01.2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5668/2016, de autoria do Deputado Alberto Fraga: Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Arquivado em 31.01.2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 442/2019, de autoria do Deputado Rubens Bueno: Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191114>. Acesso em: 05.05.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. STF determina cumprimento de penas de 22 condenados no processo do mensalão, nov. 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/420868->

stf-determina-cumprimento-de-penas-de-22-condenados-no-processo-do-mensalao/. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Casa da Moeda do Brasil. Origem do dinheiro. Disponível em: [https://www.casadamoeda.gov.br/portal/socioambiental/cultural/origem-do-dinheiro.html#:~:text=As%20primeiras%20moedas%2C%20tal%20como,martelo\)%2C%20e%20primitivos%20cunhos](https://www.casadamoeda.gov.br/portal/socioambiental/cultural/origem-do-dinheiro.html#:~:text=As%20primeiras%20moedas%2C%20tal%20como,martelo)%2C%20e%20primitivos%20cunhos). Acesso em: 21.03.2023.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Carta-Circular nº 3.098/03. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em: www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/legislacaoenormas/normas-do-banco-central/opy_of_circular-no-3461-de-24-de-julho-de-2009/. Acesso em: 13.11.2022.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Exposição de motivos da Lei nº 9.613, de 1998 (itens 33 e 34). Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613-1.pdf/view>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Fases da lavagem de dinheiro. 2012. Brasília, Disponível em: www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/fases. Acesso em: 12.11.2022.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 23/2012. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-de-mera-alteracao-ou-revogacao/resolucao-no-34-de-15-de-abril-de-2020#:~:text=Usado%20para%20limitar%20solicita%C3%A7%C3%B5es%20ao,taxa%20de%20requisi%C3%A7%C3%B5es%20ao%20portal>. Acesso em: 24.01.2023.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 24/2013. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-revogadas/resolucao-no-24-de-16-de-janeiro-de-2013-revogada-pela-resolucao-no-34-de-15-de-abril-de-2013>

2020#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,do%20%C2%A7%201%C2%BA%20do%20art. Acesso em: 24.01.2023.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Resolução nº 25/2013. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/acesso-a-informacao/Institucional/a-atividade-de-supervisao/regulacao/supervisao/normas-1/resolucao-no-25-de-16-de-janeiro-de-2013-1#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20procedimentos%20a,613%2C%20de%203.3.1998>. Acesso em 26.02.2023.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil (Lei de 16 de dezembro de 1830). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 13.04.2023.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 19.04.2023.

BRASIL. Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 13.04.2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro. Série Pesquisas CEJ. v. 9. Brasília: CJP, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/pesquisas-do-cej/uma-analise-critica-da-lei-dos-crimes-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em 24.04.2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 20.04.2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Consulta nº 49.0000.2012.006678-6/OEP. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/9604?title=49-0000-2012-006678-6&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Proposição nº 49.0000.2012.010315-1/COP. Disponível em:

<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/9884?title=49-0000-2012-010315-1&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Proposta de provimento para instituir medidas de prevenção à lavagem de dinheiro para advogados e sociedades de advogados, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-oab-preve-advogados-comuniquem.pdf>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Recurso nº 49.0000.2019.012201-6/SCA-STU. Disponível em: <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/17646?title=49-0000-2019-012201-6&search=lavagem%20de%20dinheiro>. Acesso em: 25.01.2023. Acesso em: 25.01.2023.

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Código de Ética Profissional do Contador. Disponível em: <file:///C:/Users/2823/Downloads/codigo-de-etica-do-contador.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012, Brasília, abr. 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/combate-a-corruptao-enccla/resultado-dos-questionarios-de-lavagem-de-dinheiro-corruptao-e-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 19.11. 2022.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Juramento de Hipócrates, 2023. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em: 12.04.2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19.11.2022.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de julho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm#:~:text=DECRETA%3A,inteiramente%20como%20nela%20se%20cont%C3%A9m. Acesso em: 22.11.2022.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=5015&ano=2004&ato=900QTU61keRpWTb8b>. Acesso em 28.12.2022.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 28.12.2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05.04.2023.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, de 04 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf>. Acesso em: 25.12.2022.

BRASIL. Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença na Ação Penal nº 0003664-57.2007.4.03.6181. Julg. 23.04.2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/titular-escritorio-advocacia-oliveira.pdf>. Acesso em: 12.06.2023.

BRASIL. Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença na Ação Penal nº 0000310-82.2011.4.03.6181. Julg. 19.01.2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-3/1316207157/inteiro-teor-1316207165>. Acesso em: 20.12.2022.

BRASIL. Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Sentença na Ação Penal nº 0504466-15.2017.4.02.5101. Julg. 03.12.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/condenar-cabral-45-anos-bretas-penas.pdf>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Juízo da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Sentença na Ação Penal nº 0003674-04.2007.4.03.6181. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/titular-escritorio-advocacia-oliveira1.pdf>. Acesso em: 12.06.2023.

BRASIL. Juízo da 11ª Vara Federal Criminal do Ceará. Sentença na Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0. Julg. 28.06.2007. Disponível em:

<https://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resimprsentintegra.asp?CodDoc=2177598>. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Sentença da Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000. Julg. 25.05.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/885887871/inteiro-teor-885887872>. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Sentença na Ação Penal nº 5023135-31.2015.4.04.7000. Julg. 29.10.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/moro-condena-ex-deputado-pedro-correa.pdf>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Sentença na Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000. Julg. 02.02.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/826488023>. Acesso em 20.12.2022.

BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Sentença na Ação Penal nº 5026212-82.2014.4.04.7000. Julg. 22.04.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-lava-jato.pdf>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Juízo da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba. Sentença na Ação Penal nº 5063271-36.2016.4.04.7000. Julg. 13.06.2017, itens 529 e 530. Disponível em: <https://blogdowillis.files.wordpress.com/2013/08/lava-jato-ap-nc2ba-c2ba-5063271-36-2016-4-04-7000-pr-de-13-06-2017-sc3a9rgio-de-oliveira-cabral-e-outros.pdf>. Acesso em 28.12.2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em 24.04.2023.

BRASIL. Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952. Dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1579.htm. Acesso em: 24.04.2023.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23.04.2023.

BRASIL. Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963. Dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14215.htm. Acesso em: 19.04.2023.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 24.04.2023.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 23.04.2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 28.06.2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: 20.12.2022.

BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 24.04.2023.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 20.04.2023.

BRASIL. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19311.htm. Acesso em: 30.03.2023.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20.12.2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23.04.2023.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 27.05.2023.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=12683&ano=2012&ato=6ccc3aU1kMVpWT37a>. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23.04.2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 264/2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-264-de-17-de-fevereiro-de-2020-244043656>. Acesso em: 23.03.2023.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Convenção de Viena. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.html>. Acesso em: 22.11.2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. A Lava Jato em números: resultados da operação Lava Jato no Paraná. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em 25.11.2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro e Crimes Financeiros. Varas Federais Especializadas. Disponível em:

<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-dedinheiro/varas-federais-especializadas>. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Denúncia ofertada em 24.08.2020 ao juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.poder360.com.br/justica/denuncia-do-mpf-indica-ligacao-entre-zanin-filho-de-presidente-do-stj-e-sistema-s/#:~:text=A%20den%C3%Bancia%20resultou%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o,Janeiro\)%20por%20escrit%C3%B3rios%20de%20advocacia](https://www.poder360.com.br/justica/denuncia-do-mpf-indica-ligacao-entre-zanin-filho-de-presidente-do-stj-e-sistema-s/#:~:text=A%20den%C3%Bancia%20resultou%20na%20opera%C3%A7%C3%A3o,Janeiro)%20por%20escrit%C3%B3rios%20de%20advocacia). Acesso em: 12.06.2023.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <https://oabam.org.br/downloads/pdf/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer emitido nos autos da ADI nº 4.841. Rel. Min. Nunes Marques. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691>. Acesso em: 23.11.2022.

BRASIL. Senado Federal. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 13.04.2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3.443/2008, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, Brasília, 20 de maio de 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/03/20/valadares-pede-apoio-para-aprovacao-de-projeto-que-aumenta-combate-a-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Senado Federal. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s>. Acesso em 12.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal nº 472/ES. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Julg. 01.06.2011. DJ 08.09.2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300518676&dt_publicacao=08/09/2011. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 895899/SP (2016/0086063-2). Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª Turma. Julg. 18.08.2016. DJ 23.08.2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 773476/SP (2015/0212740-6). Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª Turma. Julg. 21.06.2018. DJ 01.08.2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Conflito de Competência nº 122555/RJ (2012/0097833-4). Rel. Min. Og Fernandes. 3ª Seção. Julg. 14.08.2013. DJ 20.08.2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Conflito de Competência nº 169033/MG (2019/0317223-5). Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 3ª Seção. Julg. 13.05.2020. DJ 18.05.2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 407.500/AL. Rel. Min. Félix Fischer. Julg. 26.06.2018. DJ. 02.08.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/617612958/certidao-de-julgamento-617612981>. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Inquérito nº 187/96-DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. DJ 16.09.96. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.565.832/RJ (2015/0282311-7). Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma. Julg. 06.12.2018. DJ 17.12.2018. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.565.832/RJ. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. 5ª Turma. Julg. 06.12.2018. DJ 17.12.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860361388>. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.669.311/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. 5ª Turma. Julg. 15.05.2018. DJ 22.05.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860146861>. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 616932/SP (2014/0275916-7). Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª Turma. Julg. 18.12.2014. DJ 06.02.2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 149.008/PR (2009/0190819-0). Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. Julg. 17.06.2010. DJ 09.08.2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/15676341>. Acesso em: 12.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 19.434/SP. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. Julg. 19.02.2002. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.11.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 28.837/CE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma. Julg. 07.05.2013. DJ 14.05.2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23271131>. Acesso em: 23.11.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 11.453/SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. Julg. 17.06.2003. DJ 25.08.2003. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 56.135/SP (2017/0327031-5). Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julg. 17.09.2019. DJ 11.10.2019. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.123.422/PR (2009/0125533-9). Rel. Min. João Otávio de Noronha. 4ª Turma. Julg. 04.08.2011. DJ 15.08.2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.234.097/PR. Rel. Min. Gilson Dipp. 5ª Turma. DJ 17.11.2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.513.925/BA (2014/0213491-1). Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. Julg. 05.09.2017. DJ 13.09.2017. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 37.566/93-RS. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. DJ 28.04.94. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 28.03.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 900.509/PR. Rel. Min. Félix Fischer. 5ª Turma. Julg. 26.06.2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/15229/inteiro-teor-100024549>. Acesso em: 23.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus nº 92.279/RN. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª Turma. Julg. 24.06.2008. DJ 19.09.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2548939>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Absolvição de pessoa física e condenação penal de pessoa jurídica. Informativo nº 639, Brasília, set. 2011. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo639.htm#Absolviçãodepessoafisicaecondenaçãopenaldepessoajurídica. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julg. 26.06.2001. DJ 08.08.2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14819932>. Acesso em 19.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky. Tribunal Pleno. Julg. 12.02.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2194197>. Acesso em: 27.05.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4841/DF. Rel. Min. Nunes Marques. Concluso ao relator em 05.11.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4291691>. Acesso em: 25.04.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 863/SP. Rel. Min. Edson Fachin. 1ª Turma. Julg. 23.05.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>. Acesso em 28.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julg. 17.12.2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>. Acesso em: 27.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 686707 AgR/ES. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julg. 30.10.2012. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4241444>. Acesso em: 20.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 180309/MG. (0035966-71.2019.1.00.0000). Rel. Min. Alexandre de Moraes. 1ª Turma. Julg. 22.05.2020. DJ 08.06.2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 - Confira a cronologia da tramitação do processo no STF. In: Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/ap-470-confira-a-cronologia-da-tramitacao-do-processo-no-stf/100018874>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Corregedor nacional de Justiça pode requisitar dados bancários sem prévia autorização judicial, diz STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488053&ori=1>. Acesso em: 30.03.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos Infringentes na Ação Penal nº 470/MG. Rel. Min. Roberto Barroso. Julg. 13.03.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>. Acesso em: 27.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 211602/DF (0113634-16.2022.1.00.0000). Rel. Min. Cármen Lúcia. 1ª Turma. Julg. 11.04.2022. DJ 18.04.2022. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.338/RJ. Rel. Min. Celso de Melo. 1ª Turma. Julg. 13.08.96. DJ 19.12.1996. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14701530>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 76.678/RJ. Rel. Min. Maurício Corrêa. 2ª Turma. Julg. 29.06.1998. DJ 08.09.2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/740628>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.159/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª Turma. Julg. 02.09.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2915225>. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.173/BA. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julg. 27.10.2009. DJ 27.11.2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.152/MG. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. DJ 19.05.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2666318>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 677, ago. 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo677.htm>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 678, set. 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo678.htm>. Acesso em: 13.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2245/MG. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julg. 06.12.2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494486>. Acesso em: 13.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 2471/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Julg. 29.09.2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2492247>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3102. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julg. 25.04.2013. DJ 10.09.2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4036118>. Acesso em: 19.11.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julg. 16.09.99. DJ 12.05.2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministra Cármen Lúcia mantém condução coercitiva de Marcos Tolentino para depor na CPI. In: Portal do STF, set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472856&ori=1>. Acesso em: 24.04.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário Virtual. Manifestação do Min. Gilmar em recurso extraordinário interposto, pela existência de repercussão geral, quanto a acórdão da Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas, que negou provimento ao recurso e manteve

decisão que impedira paciente testemunha de Jeová a submeter-se a procedimento cirúrgico sem transfusão de sangue. In: Portal do STF, out. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8457698>. Acesso em: 18.04.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 56.143/RJ. Rel. Min. Cunha Peixoto. 1ª Turma. Julg. 28.03.1978. DJ 30.06.1978. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/702396>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 80.816-6/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Julg. 18.06.2011. DJ 18.06.2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/777318>. Acesso em: 25.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.212.272/AL. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julg. 24.10.2019. DJ 23.04.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861476171/inteiro-teor-861476181>. Acesso em 18.04.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 219.970/GO. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Jul. 03.11.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1687239>. Acesso em: 28.03.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. nº 130.552/SP. Rel. Min. Moreira Alves. 1ª Turma. Julg. 04.06.91. DJ 28.06.91. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/751888>. Acesso em 18.11.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0000641-81.2012.8.26.0223. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. Julg. 19.02.2020. DJ 19.02.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/813158670>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 0009252-56.2010.8.26.0073. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. Julg. 09.04.2014. DJ 10.04.2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/120915947>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 1000046-62.2019.8.26.0565. Rel. Des. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. Julg.

30.07.2020. DJ 30.07.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/896750046>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 3001041-93.2013.8.26.0648. Rel. Rebouças de Carvalho. 9ª Câmara de Direito Público. Julg. 29.04.2015. DJ 30.04.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/184863868>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. Apelação Criminal nº 02563678920118040001, Rel. Des. Aírton Luís Corrêa Gentil. 3ª Câmara Cível. Julg. 05.11.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/533766087>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação Criminal nº 0193320-14.2016.8.06.0001. Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto. 1ª Câmara Criminal. Julg. 17.09.2019. DJ 17.09.2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=cegueira+deliberada>. Acesso em: 10.03.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal nº 0704708-33.2021.8.07.0006. Rel. Juiz Arnaldo Corrêa Silva. 2ª Turma Recursal. Julg. 29.06.2022. DJ 01.07.2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1687124313>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento nº 0007276-37.2018.8.16.0000. Rel. Des. Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. 17ª Câmara Cível. Julg. 18.05.2018. DJ 07.06.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/835436772>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 0037981-74.2013.8.19.0205. Rel. Juíza Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto. 1ª Turma Recursal Criminal. Julg. 21.05.2015. DJ 30.07.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/217590053>. Acesso em: 06.04.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70079478699. Rel. Desª Anele Ochoa Piazzeta. 8ª Câmara Criminal. Julg. 14.11.2018. DJ 10.12.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/657144306>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70072193642. Rel. Des. Mauro Evelyn Vieira de Borba. 4ª Câmara Criminal. Julg. 23.02.2017.

DJ 21.03.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/911481017>. Acesso em: 06.04.2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Agravo em Cumprimento de Sentença nº 00566.2009.001.13.01-6. Rel. Des. Vicente Vanderley Nogueira de Brito. 1ª Turma. Julg. 01.03.2010. Disponível em: www.trt13.jus.br. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 68560/SP 068560/2010. Rel. Des. Samuel Hugo Lima. 5ª Câmara. Julg. 19.11.2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/17373291>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0010017-62.2012.4.03.6109/SP. Rel. Des. José Lunardelli. 11ª Turma. Julg. 16.12.2014. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal nº 0001276-85.2011.4.03.6006/MS. Rel. Des. Maurício Yukikazu Kato. Data de Julgamento: 06/04/2021. Disponível em: www.trf3.jus.br. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 0000870-49.2008.404.7006. Rel. Des. Victor Luiz dos Santos Laus. 8ª Turma. Julg. 28.06.2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/38260896/trf-4-judicial-28-06-2012-pg-281>. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 13.518/PR (1999.70.00.013518-3). Rel. Des. Néfi Cordeiro. 7ª Turma. Julg. 19.06.2007. DJ 04.07.2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1254058/inteiro-teor-13983058>. Acesso em: 20.01.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 2003.70.00.056661-8. Rel. Des. Márcio Antônio Rocha. 7ª Turma. Julg. 12.08.2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/788654185/inteiro-teor-788654235>. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5001945-68.2013.404.7004/PR. Rel. Des. Ricardo Rachid de Oliveira. 7ª Turma. Julg. 24.02.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/170290945>. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5003776-79.2012.4.04.7007/PR. Rel. Desª Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julg. 25.11.2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/910227418>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5004189-35.2016.4.04.7207/SC. Rel. Des. Nivaldo Brunoni. 8ª Turma. Julg. 22.08.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/618547588>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5004937-52.2020.4.04.7005/PR. Rel. Des. Nivaldo Brunoni. 8ª Turma. Julg. 01.09.2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1275996687>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5008479-45.2010.4.04.7000/PR. Rel. Des. Álvaro Eduardo Junqueira. 7ª Turma. Julg. 12.06.2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/905295718>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5009366-18.2013.4.04.7002/PR. Rel. Desª Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julg. 26.01.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/422720348>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5010419-05.2011.4.04.7002/PR. Rel. Des. Marcelo Malucelli. 7ª Turma. Data de Julgamento: 07/07/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/206869645>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5014585-46.2012.4.04.7002/PR. Rel. Desª Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julg. 09.06.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/427361572>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5021350-86.2019.4.04.7002/PR. Rel. Desª Salise Monteiro Sachonete. 7ª Turma. Julg. 04.08.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/892029168>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal nº 5027685-35.2016.04.7000/PR. Rel. Des. João Pedro Gebran Neto. 8ª Turma. Julg. 07.11.2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/646509635/inteiro-teor-646509705>. Acesso em: 25.12.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos de Declaração nº 5002361-47.2010.4.04.7002/PR. Rel. Desª. Cláudia Cristina Cristofani. 7ª Turma. Julg. 18.08.2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/911455670>. Acesso em: 28.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Operação Lava Jato: TRF4 aumenta pena do ex-deputado Pedro Corrêa. In: Portal de notícias, set. 2017. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13145. Acesso em: 29.06.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 2005.81.00.014586-0. Rel. Des. Rogério Fialho Moreira. 2ª Turma. DJ 22.10.2008. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 2005.81.00.019744-5. Rel. Des. Francisco Barros Dias. 2ª Turma. Julg. 15.06.2010. DJ 22.06.2010. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/processo/200581000197445>. Acesso em: 18.11.2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0. Rel. Des. Rogério Fialho Moreira. 2ª Turma. Julg. 09.09.2008. DJ 22.10.2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/8249976>. Acesso em: 16.01.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 5520/CE (Proc. nº 2005.81.00.014586-0/05). Rel. Des. Francisco Barros de Dias. 2ª Turma. Julg. 01.09.2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/8333130>. Acesso em: 28.12.2022.

CASEMINE. *Browse cases. US vs. Campbell. 977 F2d 854. 4th Cir. 1992.* Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914bee7add7b049347aafe8>. Acesso em: 26.06.2023.

CASETEXT. *Global-Tech Appliances, Inc. vs. Seb S/A*, 563 U.S. 754 2011. Disponível em: <https://casetext.com/case/global-tech-appliances-inc-v-seb-s-a>. Acesso em: 27.06.2023.

CASETEXT. *United States vs. Campbell*. 977 F.2d 854. 4th Cir. 1992. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-campbell-95>. Acesso em: 26.06.2023.

CASETEXT. *United States vs. Lemnos*. 941 F.2d 309. 5th Cir. 1991. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-lemons-2>. Acesso em: 26.06.2023.

CASETEXT. *United States vs. Mancuso*. 42 F.3d. 836. 4th Cir. 1994. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-mancuso>. Acesso em: 26.06.2023.

COLÔMBIA. Código Penal. Disponível em: https://leyes.co/codigo_penal.htm. Acesso em: 28.12.2022.

CONSEIL DES BARREAUX EUROPÉENS (CCBE). *Comments on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on countering money laundering by criminal law COM (2016) 826 final 2016/0414 (COD)*. Bruxelles, mar. 2017. Disponível em: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Position_papers/EN_CRM_20170331_CCBE-Comments-on-Commission-Proposal-on-countering-money-laundering-by-criminal-law.pdf. Acesso em: 24.04.2023.

CORNELL LAW SCHOOL. 18 U.S. Code § 1956 - *Laundering of monetary instruments*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 26.06.2023.

CORNELL LAW SCHOOL. 21 U.S. Code § 841 - *Prohibited acts A*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/841>. Acesso em: 27.06.2023.

CORNELL LAW SCHOOL. 21st Amendment. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxxi>. Acesso em: 19.11.2022.

CORNELL LAW SCHOOL. 35 U.S. Code § 271 - *Infringement of patent*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271>. Acesso em: 27.06.2023.

CORNELL LAW SCHOOL. 42 U.S. Code § 9603 - *Notification requirements respecting released substances (CERCLA)*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/9603>. Acesso em: 25.06.2023.

CORNELL LAW SCHOOL. *Proc hac vice*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/pro_hac_vice. Acesso em: 27.06.2023).

CORNELL LAW SCHOOL. *United State Code: 18 USC § 1956 - Laundering of monetary instruments*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1956>. Acesso em: 21.11.2022.

CORNELL LAW SCHOOL. *United State Code: 31 USC § 5.311: declaration of purpose*. Legal Information Institute. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/31/5311>. Acesso em: 19.11.2022.

CORNELL LAW SCHOOL. *United State Code: 31 USC § 5.312: Laundering of monetary instruments*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/31/5312>. Acesso em: 21.11.2022.

CORNELL LAW SCHOOL. *United State Code: 31 USC § 5.313: definitions and application*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/31/5313>. Acesso em: 21.11.2022.

CORNELL LAW SCHOOL. *United State code: 31 USC, § 5.322: criminal penalties*. Legal Information Institute. Disponível em: www.law.cornell.edu/uscode/text/31/5322. Acesso em: 13.11.2022.

ESPANHA. *Audiência Provincial de Madrid. Sala de lo Penal*. AAP M 7306/2005. Disponível em: Roj: AAP M 7306/2005 – ECLI:ES:APM:2005:7306A. Acesso em: 23.01.2023.

ESPANHA. *Código Penal Español de 1822*. Disponível em: <https://personasjuridicas.es/wp-content/uploads/2019/08/C%C3%B3digo-Penal-1822.pdf>. Acesso em 12.04.2023.

ESPANHA. *Código Penal Español de 1848*. Disponível em: <https://www.palladinopellonabogados.com/wp-content/uploads/2016/09/Codigo-Penal-Espa%C3%B1ol-1848.pdf>. Acesso em: 12.04.2023.

ESPANHA. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. In: *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 18.01.2023.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*. In: *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-11672>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. In: *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em: 29.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Constitucional. La Sala Primera. STC 289/2006, de 09.10.2006*. BOE 274. Rel. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/5891>. Acesso em: 23.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. ROJ: ATS 9.878/2007. STS 1329/2007, de 12.07.2007*. Rel. Ramon Trillo Torres. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/>. Acesso em: 16.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 1459/2007, de 20.09.2007*. Rel. Andrés Martínez Arrieta. Disponível em: [file:///E:/Doutorado2018/U.LISBOA/Tese%20de%20Doutoramento%20\(Magno%20Oliveira\)/9.%20Estudo%20de%20casos/8.5%20Casos%20na%20jurisprud%C3%Aancia%20da%20ESPAÑA/ATS_11858_2007.pdf](file:///E:/Doutorado2018/U.LISBOA/Tese%20de%20Doutoramento%20(Magno%20Oliveira)/9.%20Estudo%20de%20casos/8.5%20Casos%20na%20jurisprud%C3%Aancia%20da%20ESPAÑA/ATS_11858_2007.pdf). Acesso em: 16.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 7475/2006, de 10.11.2006*. Rel. Andrés Martínez Arrieta. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24d95a709289d15672962ab87430caf3bd>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS nº 1097/2014, de 06.02.2014*. Rel. Andrés Martínez Arrieta. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24a0bb78e44820713e06817eb05555825e>. Acesso em: 21.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS nº 1459/2007, de 20.10.2009*. Rel^a. Maria Isabel Perello Domenech. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-229124874>. Acesso em: 19.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS nº 4730/2016, de 03.11.2016*. Rel. Luciano Varela Castro. Disponível em:

<https://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7863084/Dolo/20161111>. Acesso em: 22.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala de lo Social. STS nº 3153/2012, de 27.04.2012*. Rel. Maria Carolina San Martín Mazzucconi. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Acesso em: 20.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. ROJ: STS 16/2000, de 25.01.2000*. Rel. Roman García Varela. Disponível em: <https://vlex.es/vid/casacion-posesion-propiedad-prescripcion-15200812>. Acesso em: 16.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 1637/1999, de 10.01.2000*. Rel. Joaquín Giménez García. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-15200982>. Acesso em: 16.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 3271/1999, de 12.05.99*. Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 5459/1989, de 17.10.89*. Rel. Gregório García Ancos. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-76256051>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 758/1996, 03.12.96*. Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-202746011>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 7651/1991, de 22.10.91*. Rel. Ramon Montero Fernández-Cid. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-203014795>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. ROJ: STS 797/2006, de 20.07.2006*. Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/trafico-drogas-agravante-organizacion-25669799>. Acesso em: 19.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 1.583/2000, de 16.10.2000*. Rel. Joaquín Giménez García. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-51930080>. Acesso em: 16.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 34/2007, de 01.02.2007.* Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/delito-blanqueo-capitales-dolo-prueba-26674219>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 57/2009, de 02.02.2009.* Rel. Manuel Marchena Gómez. Disponível em: <https://vlex.es/vid/inocencia-receptacion-ignorancia-deliberada-57210449>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 884/2012, de 08.11.2012.* Rel. Manuel Marchena Gomez. Disponível em: <https://vlex.es/vid/blanqueo-capital-telefonicas-non-sms-414692598>. Acesso em: 28.12.2022.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 928/2006, de 05.10.2006.* Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/blanqueo-capitales-pertenencia-plurales-25669944>. Acesso em: 28.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS 965/1999, de 14.06.99.* Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/prevaricato-infraccion-ley-cp-8-1-17716542>. Acesso em: 20.01.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS nº 1142/2005, de 20.09.2005.* Rel. Joaquin Gimenez Garcia. Disponível em: <https://vlex.es/vid/blanqueo-capitales-tribunal-competente-20091814>. Acesso em: 18.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS nº 1583/2000, de 16.10.2000.* Rel. Joaquin Gimenez Garcia. Disponível em: <https://vlex.es/vid/-51930080>. Acesso em: 18.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS nº 16/2009, de 27.01.2009.* Rel. Juan Ramon Berdugo Gomez de La Torre. Disponível em: <https://vlex.es/vid/2-x00aa-ts-53886382>. Acesso em: 19.06.2023.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal. STS nº 34/2007, de 01.02.2007.* Rel. Enrique Bacigalupo Zapater. Disponível em: <https://vlex.es/vid/delito-blanqueo-capitales-dolo-prueba-26674219>. Acesso em: 13.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *21 U.S. Code § 841 (Prohibited acts A)*. In: *Cornell Law School*, 2023. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/21/841>. Acesso em: 25.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Annunzio-Wylie Money Laundering Suppression Act of 1992*. Disponível em: <https://www.fincen.gov/history-anti-money-laundering-laws>. Acesso em: 19.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Aversa vs. United States (1996)*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1413845.html>. Acesso em: 26.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Bank Secrecy Act*. Disponível em: <https://www.fincen.gov/resources/statutes-and-regulations/bank-secrecy-act>. Acesso em: 27.03.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Caplin & Drysdale vs. US*. 491 US 617. 4th Cir., 1989. Disponível em: https://supreme-justia-com.translate.goog/cases/federal/us/491/617/? x tr sl=en& x tr tl=pt& x tr hl=pt-BR& x tr_pto=sc. Acesso em: 25.06.2023).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Bureau of Investigation. FBI records. Meyer Lansky*. Washington, D.C. Disponível em: <https://vault.fbi.gov/meyer-lansky/meyer-lansky-part-01-of-26/view>. Acesso em: 19.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Flores-Figueroa vs. United States*. 556 U.S. 646, 2009.. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/646/>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Globaltech-Tech Appliances vs. SEB S/A*. 563 U.S. 754, 2011. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/563/754/>. Acesso em: 04.03.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Model Penal Code. Section 2.02(7)*. Disponível em: <https://opencasebook.org/casebooks/6141-tanaka-criminal-law-casebook/resources/6.1.1-model-penal-code-mpc-202-general-requirements-of-culpability-mens-rea/>. Acesso em: 05.03.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Money Laundering Suppression Act of 1994: amends federal law to prescribe guidelines for both mandatory and discretionary exemptions from*

monetary transaction reporting requirements for depository institutions. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/3235>. Acesso em: 19.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Money Laundering Suppression Act of 1994. Amends federal law to prescribe guidelines for both mandatory and discretionary exemptions from monetary transaction reporting requirements for depository institutions*. Disponível em: www.ffiec.gov/bsa_aml_infobase/documents/regulations/ML_Suppression_1994.pdf. Acesso em: 13.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Morissette vs. United States*. 342 U.S. 246, 72 S. Ct. 240, 1952. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-morissette-v-united-states>. Acesso em 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *National Archives. The Volstead Act and related prohibition documents. Maryland, US*. Disponível em: <https://www.archives.gov/education/lessons/volstead-act>. Acesso em: 19.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Patterns of Global Terrorism 2002*. Washington: United States Department of State, apr. 2003. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/20177.pdf>. Acesso em: 06.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Public Law 99-570*, oct. 27, 1986. Disponível em: <http://www.brockport.edu/~govdoc/SocPol/pl99570.pdf>. Acesso em: 21.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Right to Financial Privacy Act*. Disponível em: <https://epic.org/the-right-to-financial-privacy-act/>. Acesso em: 27.03.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Spurr vs United States*. 174 U.S. 728 (1899). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/174/728/>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *State vs. Hunter*. 164 Wn. App. 1045, 2011. Disponível em: <https://casetext.com/case/state-v-hunter-199>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. Case 563 U.S.; 131 S. Ct. 2060; 179 L. Ed. 2D 1167, 2011*. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-6.pdf>. Acesso em: 16.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States. Certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit: nº 92-1196. Argued november 1, 1993 –*

Decided *january* *11,* *1994.* Disponível em:
<https://docs.google.com/gview?url=http://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/135/case.pdf?ts%3D1326409244&chrome=true>. Acesso em: 13.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. Global-Tech Appliances v. SEB S/A*, 131 S. Ct. 2060, 2072, 2011. (Kennedy, J., dissident). Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/24121689>. Acesso em: 16.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. Leary v. US*. 395 US 6, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/#tab-opinion-1948101>. Acesso em 17.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. Regalado Cuellar v. United States: n° 06-1456*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf>. Acesso em: 21.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. Turner v. US*., 396 US 398, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/#tab-opinion-1948309>. Acesso em 17.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. US vs. Campbell. jun. 1982*. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-campbell-41>. Acesso em: 16.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States. US vs. Peter Monsanto, jun. 1989*. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-monsanto-3>. Acesso em: 25.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of the United States. Waldemar Ratzlaf and Loretta Ratzlaf, petitioners v. United States, jan. 1994*. Disponível em: www.law.cornell.edu/supct/html/92-1196.ZO.html. Acesso em: 13.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of United States. Regalado Cuellar v. United States: n° 06-1456*. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1456.pdf>. Acesso em: 21.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. United States v. Isham*, 84 US 17 Wal. 496 496, 1873. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/84/496/case.html>. Acesso em: 13.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code, Title. 18 US, §1956(c)(1)*, (1986). Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Code. Title 18 US, §1956(a)* (1986). Disponível em: <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Bank of New England, N.A - 821 F.2d 844, 1st Cir., 1987*. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-bank-of-new-england-n-a>. Acesso em: 26.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Barnhart. Case No. 04-40168-01/02/03-RDR. United States District Court, D. Kansas. 2005*. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-barnhart-4>. Acesso em: 26.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Blair. 661 F.3d 755. 4th Cir., 2011*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1580579.html>. Acesso em 25.04.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Campbell. 977 F.2d 854. 4th Cir., 1992*. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-campbell-95>. Acesso em 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Elso. 422 F.3d 1305. 11th Cir., 2005*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1347800.html>. Acesso em 25.04.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Hoogenboom. 209 F.3d 665. 7th Cir., 2000*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1082437.html>. Acesso em 25.04.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Jewell*. 532 F.2d 697. 9th Cir., 1976. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Jones*. 366 F.3d 705. 4th Cir., 2004. Disponível em: [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/FF15EAE832958C138525780700715044/\\$file/08-3030-1259298.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/FF15EAE832958C138525780700715044/$file/08-3030-1259298.pdf). Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Montejo*. 442 F.3d 213. 4th Cir., 2006. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-montejo>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Nations*. 676 S.W.2d 282, 284. Mo. Ct. App. 1984. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1984/45349-0.html>. Acesso em: 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. One*, 1973. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/43/794/553207/>. Acesso em 26.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States vs. Washington*. 743 F.3d 942-943. 4th Cir., 2014. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/743/938/>. Acesso em 25.02.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Uniting and strengthening America by providing appropriate tools to restrict, intercept and obstruct terrorism act of 2001 (USA Patriot Act)*. Disponível em: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Court of Appeals for the 8º Circuit. Diversified Industries, Inc. v. Meredith*, 1978. In: Casetext. Disponível em: <https://casetext.com/case/diversified-industries-inc-v-meredith>. Acesso em: 23.04.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US District Court for the Northern District of California. Wadler v. Bio-Rad Labs*, 2016. In: Casetext. Disponível em: <https://casetext.com/case/wadler-v-bio-rad-labs-inc-7>. Acesso em: 23.04.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Marshals Service*, 2023. Disponível em: <https://www.usmarshals.gov/>. Acesso em: 27.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US vs. Salerno*. 481 US 739. 2nd Cir., 1987. Disponível em: https://supreme-justia-com.translate.google.com/cases/federal/us/481/739/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=pt&x_tr_hl=pt-BR&x_tr_pto=sc. Acesso em: 25.06.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US. v. Jewell*, 532 F.2d 697. 9th Cir., 1976. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/532/697/99156/>. Acesso em 17.01.2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US. v. Mancuso*, 42 F.3d 836, 846. 4th Cir., 1994. Disponível em: <https://cite.case.law/f3d/42/836/>. Acesso em 16.01.2023.

FRANÇA. *Code Pénal de 1810. Édition originale em version intégrale, publiée sous le titre “Code des délits e des peines”*. Disponível em: <https://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/code-penal-1810/code-penal-1810-1.htm>. Acesso em: 12.04.2023.

FRANÇA. *Code Pénal*. Mai. 2023. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/. Acesso em: 27.12.2022.

FRANÇA. *Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006068396>. Acesso em: 15.04.2023.

ITÁLIA. *Codice Penale per il Granducato di Toscana de 1853*. Disponível em: <http://www.antropologiagiuridica.it/codepentoscana.pdf>. Acesso em: 12.04.2023.

ITÁLIA. *Codice Penale Sardo de 1859*. Disponível em: <http://www.antropologiagiuridica.it/cpsardo1859.pdf>. Acesso em: 12.04.2023.

LEXIS NEXIS. *Law School Case Brief. United States v. Heredia*. 483 F.3d 913. 9th Cir., 2007. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-heredia>. Acesso em: 27.06.2023.

LEXIS NEXIS. *Law School Case Brief. United States v. Jewell*. 532 F.2d 697. 9th Cir., 1976. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-jewell>. Acesso em: 25.06.2023.

LEXIS NEXIS. *Law School Case Brief. US v. MacDonald & Watson Waste Oil Co.* 933 F.2d 35, 1st Cir., 1991. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-macdonald-watson-waste-oil-co>. Acesso em: 25.06.2023.

LEXIS NEXIS. *Law School Case Brief. US vs. Campbell.* 977, F.2d 854. 4th Cir., 1992. Disponível em: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-campbell>. Acesso em: 26.06.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção da ONU contra a delinquência organizada transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 20.01.2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28.01.2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25.04.2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. IX Conferência Internacional Americana. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf>. Acesso em: 28.03.2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Money laundering awareness handbook for tax examiners and tax auditors*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/exchangeofinformation/43841099.pdf>. Acesso em: 19.11.2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Committee on fiscal affairs. Improving to Bank Information for Tax Purpose*, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/improvingaccesstobankinformationfortaxpurposes.htm>. Acesso em: 28.03.2023.

PERU. *Decreto Legislativo nº 1106/2012. Decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y outros delitos relacionados a la mineria ilegal e crimen organizado*. Disponível em: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contr-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>. Acesso em: 24.01.2023.

PORTUGAL. Código Penal. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>. Acesso em 10.01.2023.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.909/67, de 07 de setembro. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/1967/09/20900/16071609.pdf>. Acesso em: 23.03.2023.

PORTUGAL. Decreto nº 15/93, de 11 de maio. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto/15-1993-275054>. Acesso em 01.12.2022.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 325/95, de 2 de dezembro. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/325-1995-626426>. Acesso em: 03.12.2022.

PORTUGAL. Estatuto da Ordem dos Advogados. Disponível em: <https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/>. Acesso em: 05.04.2023.

PORTUGAL. Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/5-2002-583017>. Acesso em: 07.12.2022.

PORTUGAL. Lei nº 11/2004, de 27 de março. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/11-2004-210422>. Acesso em: 06.12.2022.

PORTUGAL. Lei nº 55-B/2004, de 30 de dezembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/55-b-2004-689420>. Acesso em: 05.04.2023.

PORTUGAL. Lei nº 25/2008, de 5 de junho. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/25-2008-449407>. Acesso em: 07.12.2022.

PORTUGAL. Lei nº 81/2009, de 21 de agosto. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/81-2009-488301?_ts=1680739200034. Acesso em: 11.04.2023.

PORTUGAL. Lei nº 145/2015, 09 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/145-2015-70236273>. Acesso em: 20.04.2023.

PORTUGAL. Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/83-2017-108021178>. Acesso em: 05.12.2022.

PORTUGAL. Lei n.º 58/2020, de 31 de agosto. Disponível em: file:///C:/Users/2823/Downloads/Consolida%C3%A7%C3%A3o%20Lei%20n.%C2%BA%2058_2020%20%20-%20Di%C3%A1rio%20da%20Rep%C3%Bablica%20n.%C2%BA%20169_2020,%20S%C3%A9rie%20I%20de%202020-08-31.pdf. Acesso em: 25.01.2023.

PORTUGAL. Ministério das Finanças. Relatório da Comissão para o Desenvolvimento da Reforma Fiscal, Ministério das Finanças. Lisboa, 1996. Disponível em: https://purl.sgmf.pt/COL-MF-0028/1/COL-MF-0028_master/COL-MF-0028_pdf/ReformaFiscal.pdf. Acesso em: 28.03.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 15 de abril de 2004, no Proc n.º 04B795. Rel. Cons. Quirino Soares. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/139830/>. Acesso em: 14.04.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 27 de maio de 2008, no Proc. n.º 07B4673. Rel. Cons. Rodrigues dos Santos. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/134461/>. Acesso em: 14.04.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão STJ, de 15 de abril de 2009, no Proc. n.º 09P0583-JSTJ000, de 15.04.2009. Rel. Cons. Fernando Fróis. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/43C7AD2E38E242D2802575BA00466B2F>. Acesso em: 25.01.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 05 de junho de 2012, no Proc. n.º 148/10.3SCLSB.L1.S1, de 05.06.2012. Rel. Cons. Armindo Monteiro. 3ª Seção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/EFC30399C47F7F3D80257A8B003B4DFE>. Acesso em: 25.01.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 11 de junho de 2014, no Proc. n.º 14/07.0TRLSB.S1. Rel. Cons. Raul Borges. 3ª Seção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e22652275680718b80257d15004292f6?OpenDocument>. Acesso em: 15.01.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 28 de março de 2019, no Proc. nº 864/17.9T8BRG-A.G1-B.S1. Rel. Cons. Bernardo Domingos. 2ª Seção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/43832c7e77288a3c802583cc0034bd37?OpenDocument>. Acesso em: 30.03.2023.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão STJ, de 17 de maio de 2023, no Proc. nº 2023/333/14.9TELSB.L1.S1. Rel. Cons. Pedro Branquinho Dias. 3ª Seção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a38f50ffc5718c32802589b2005907b4?OpenDocument>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Sul. Acórdão TCAS, de 03 de julho de 2007, no Proc. nº 01930/07. Rel. Des. José Gomes Correia. 2ª Seção do Contencioso Tributário. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/01930-2007-90976775>. Acesso em: 30.03.2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 602/2005, de 02 de novembro de 2005. Rel. Cons. Bravo Serra. 3ª Seção. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050602.html>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 42/2007, de 23 de janeiro de 2007. Rel. Cons. Maria Fernanda Palma. 2ª Seção. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070042.html>.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 442/2007, de 14 de agosto de 2007. Processo nº 815/07. Rel. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro. Plenário. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>. Acesso em: 26.03.2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 101/2015, de 11 de fevereiro de 2015. Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral. 1ª Seção. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>. Acesso em 19.12.2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 1392/2015, de 12 de agosto de 2015. Rel. Cons. João Cura Mariano. 2ª Seção. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em: 19.12.2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão TC nº 679/2022, de 20 de outubro de 2022. Rel. Cons. Antônio José de Ascensão Ramos. 2ª Seção. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20220679.html>. Acesso em: 30.03.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão TRC, de 29 de setembro de 2010, no Proc. nº 557/09.0JAPRT.C1. Rel. Des. Alberto Mira. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4e757cba841a1e80802577bd0049df3f?OpenDocument>. Acesso em: 25.01.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão TRE, de 05 de maio de 2016, no Proc. 23/09.4TBSSB-A.E1. Rel. Des. Jaime Pestana. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/50701/>. Acesso em: 14.04.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão TRE, de 14 de setembro de 2017, no Proc. nº 2829/16.9T8PTM-B.E1. Rel. Des. Tomé de Carvalho. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/b.e1-2017-116286618?ts=1679702400034>. Acesso em: 30.03.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão TRG, de 04 de fevereiro de 2013, no Proc. 285/11.7IDBRG.G1. Rel. Des^a. Maria Luísa Arantes. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c7b11687bdc7fe0f80257b1f00534ba2?OpenDocument&Highlight=0,RGIT>. Acesso em: 18.04.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão TRG, de 20 de março de 2017, no Proc. nº 1420/11.0T3AVR-N-G1. Rel. Des. Fernando Chaves. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d6ade2a77c9df4c3802580f300486ffc?OpenDocument>. Acesso em: 12.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 15 de maio de 2007, no Proc. 8629/2006-1. Rel. Des. Folque Magalhães. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/80168/>. Acesso em: 14.04.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 15 de abril de 2010, no Proc. nº 2010/56.06.2TELSB.B.L1.9.0D. Rel. Des^a Maria de Fátima Mata-Mouros. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2010:56.06.2TELSB.B.L1.9.0D/>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 05 de maio de 2011, no Proc. 1551/06.9TBBNV.L1-8. Rel. Des. Otávio Viegas. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/74239/>. Acesso em: 14.04.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 23 de maio de 2013, no Proc. nº 2013/242/11.3TELSB-C.L1-9. Rel. Des. Maria da Luz Batista. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2013:242.11.3TELSB.C.L1.9.90/>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 04 de julho de 2016, no Proc. nº 2016/108/15.8JALRA-A.L1-3. Rel. Des. Orlando Nascimento. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2016:108.15.8JALRA.A.L1.3.13/>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 24 de maio de 2018, no Proc. nº 719/16.4TELSB-B.L1-9. Rel. Des. Almeida Cabral. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/b46868b61b7685ec802582b90037935d?OpenDocument>. Acesso em: 15.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 24 de novembro de 2021, no Proc. nº 2021/333.14.9TELSB.L1-3. Rel. Des^a. Maria Leonor Botelho. Disponível em: <https://jurisprudencia.pt/acordao/204477/>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Acórdão TRL, de 31 de maio de 2022, no Proc. nº 2022/71/21.6TELSB-E.L1-5. Rel. Des. Artur Vargues. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2022:71.21.6TELSB.E.L1.5.91/>. Acesso em: 24.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão TRP, de 20 de junho de 2012, no Proc. 6651/08.8TAVNG.P1. Rel. Des^a. Maria Leonor Esteves. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/a8c08e91b0afaeeed80257a2b003d31b8?OpenDocument>. Acesso em: 18.04.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão TRP, de 21 de março de 2013, no Proc. nº 2013/127.06.5IDBRG.P1. Rel. Des^a. Fátima Furtado. Disponível em: <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRP:2013:127.06.5IDBRG.P1.14/>. Acesso em: 23.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão TRP, de 17 de setembro de 2014, no Proc. 1653/12.2JAPRT.P1. Rel. Des^a Maria Deolinda Dionísio. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8fc8a08aff0154f980257d69004813be?OpenDocument&Highlight=0,1653>. Acesso em: 13.06.2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão TRP, de 14 de dezembro de 2017, no Proc. nº 10355/17.2T9PRT-A.P1. Rel. Des. Ernesto Nascimento. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/28af626b8ce6e9e780258210003f651c?OpenDocument>. Acesso em: 06.04.2023.

SUIÇA. *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (Código Penal suíço). Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de. Acesso em: 25.01.2023.

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Directive 2001/97/EC: of the European Parliament and of the council of 4 December 2001: amending council directive 91/308/EEC on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering. Official Journal of the European Communities*. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:344:0076:0081:EN:PDF>. Acesso em: 19.11.2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Conseil des Barreaux européens (CCBE). Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*. Disponível em: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/FR_DEON_CoC.pdf. Acesso em: 22.04.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Roma, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 28.03.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2015/849, de 20 de maio de 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=DA>. Acesso em: 25.01.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2017/1371, de 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371&from=DE>. Acesso em: 25.01.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2018/1673, de 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/legislacoes/diretiva1673ano2018.pdf#page=1>. Acesso em: 25.01.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de junio de 2007. Directiva 91/308/CEE. Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Obligación impuesta a los abogados de informar a las autoridades competentes de cualquier hecho que pudiera ser indicio de blanqueo de capitales. Derecho a un proceso justo. Secreto profesional e independencia de los abogados.* Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=F56D7CC1FA3AE1258E72EB2AE68DDD0C?docid=61675&text=&doclang=ES&pageIndex=0&cid=4768170.

Acesso em: 24.04.2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Case Michaud v. France. Application n° 12323/11.* Acórdão de 06 de dezembro de 2012. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-115377%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-115377%22]}). Acesso em: 27.05.2023.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Cocaine traffickers develop new routes from Brazil.* Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/cocaine/Cocaine_Insights4_2022.pdf. Acesso em: 13.11.2022.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes: research report.* Vienna, 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf. Acesso em: 12.11.2022.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Money Laundering: Methods and Markets.* Disponível em: https://www.piie.com/publications/chapters_preview/381/3iie3705.pdf. Acesso em: 13.11.2022.