

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Manoela Pereira Moser

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE IN THE ECONOMIC LAW

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar a responsabilidade penal (dolo) do agente que age com indiferença para com o resultado típico, mesmo tendo possibilidade de saber da ilicitude da sua conduta, o que equipara sua vontade e conhecimento à espécie de dolo eventual. Será apresentada, primeiramente, a análise histórica do surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada e a aplicabilidade dela no sistema jurídico estrangeiro. Essa Teoria será comparada com a Teoria da *Actio Libera in Causa* e será verificada a semelhança entre as duas. Far-se-á, ainda a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Serão analisados os efeitos da Teoria da Cegueira no ordenamento brasileiro e nos âmbitos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. O estudo é finalizado com a análise das mudanças decorrentes da nova Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012) sob a perspectiva do advogado, em especial, o recebimento de honorários maculados e o temor de responder a um processo criminal juntamente com seu cliente. Ressalta-se a extrema importância de que a Teoria não seja aplicada àqueles profissionais que, no exercício de sua função, recebam honorários maculados, bem como de que não seja utilizada como meio de dispensar a produção de provas por parte da acusação. Outrossim, sugere-se a criação tanto de uma modalidade culposa de lavagem de dinheiro quanto de limites objetivos e efetivos para se diferenciar a atividade normal do advogado daquela em que o profissional exerça sua função para praticar ilícitos.

» **PALAVRAS-CHAVE:** TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.683/12. ADVOGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the criminal responsibility (intent) of the agent who acts indifferently towards the typical outcome, even if he may know about the unlawfulness of his conduct, equating his will and knowledge to the species of eventual intent. The discussion will primarily be based on the historical analysis of the emergence of the Willful Blindness Doctrine and its applicability in the foreign legal system. We will compare this to the theory of *actio libera in causa*. The differentiation between eventual deceit and conscious guilt will also be stated. We will analyze the effects of the theory in the Brazilian order, in the doctrinal, legislative and jurisprudential framework. We will conclude with the analysis of the effect of the changes in the new money laundering law (Law 12.683/2012) under the perspective of the lawyer's activity, in particular, the receipt of tarnished fees and the fear of responding to a criminal case together with his client. Finally, we conclude that it is of the utmost importance that the theory should not be applied to those professionals who, in the exercise of their function, receive badly paid fees, as well as that it should not be used as a means of dispensing the production of evidence by the prosecution. In addition, the creation of a guilty modality of money laundering, and objective and effective limits to differentiate the normal activity of the lawyer from the one where the professional acts using its function for the practice of illicit.

» **KEYWORDS:** THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE. MONEY LAUNDERING. CHANGES FROM LAW 12.683/12. ATTORNEY. ATTORNEY'S FEES.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada (*Willful Blindness Doctrine*), também conhecida como Doutrina das Instruções do Avestruz (*Ostrich Instructions*), Doutrina da Evitação da Consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*) ou Ignorância Deliberada, como é chamada no direito espanhol, de modo geral, equipara a responsabilidade subjetiva criminal do agente que tem efetivo conhecimento da tipicidade de sua conduta com a da-

quele que a desconhece intencionalmente ou preferiu conservar sua ignorância sobre a tipicidade de tal conduta.

Daí surgiu o nome “Instruções do Avestruz”, uma vez que o agente, assim como o avestruz, enfia sua cabeça na terra, deixando de enxergar as coisas ao seu redor e evitando, assim, tomar conhecimento dos fatos.

Beck e Callegari (2012, p. 179-192) explicam que, com essa Teoria, é possível responsabilizar aquele que se coloca voluntariamente em situação de ignorância, para tentar se esquivar de responder a processo criminal:

a doutrina justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais consequências futuras de sua conduta na esfera criminal.

Assim, é importante ressaltar que o desconhecimento, para essa Teoria, não deve ser resultado de erro ou de negligência, mas sim de ignorância voluntária, que será verificada com base na prova do fato concreto.

Sua origem se deu na *commom law*, pelo tribunal inglês, em 1861, no caso Regina v. Sleep, no qual Sleep, apesar de absolvido de cometer desvio de bens públicos, poderia ter sido condenado – e sua pena se equipararia àquela aplicada nos casos de conhecimento –, se fosse comprovado que ele teria intencionalmente se privado de obter qualquer conhecimento sobre a procedência dos bens.

Já no direito americano, utilizou-se a Teoria da Cegueira Deliberada, pela primeira vez, no julgamento do caso United States v. Spurr, no ano de 1899.

A sentença revisava a condenação de Spurr, Presidente de certo Banco em Nashville, por ter certificado cheques emitidos por um cliente cuja conta estava sem fundos. De acordo com a lei, a conduta praticada por Spurr necessitava de violação intencionada dos preceitos que regulavam a emissão de cheque.

O Tribunal entendeu que o propósito específico de violar a lei pôde ser presumido, quando Spurr se manteve deliberadamente ignorante sobre o fato de a conta ter, ou não, fundos, ou quando mostrou indiferença grosseira pelo seu dever de se assegurar de tal fato.

Com o passar do tempo, a jurisprudência americana estipulou certos requisitos para a utilização da Teoria: a) ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, os direitos e os valores sejam provenientes de crime; b) atuação do agente de modo indiferente a esse conhecimento e c) escolha deliberada do agente de permanecer ignorante.

Com relação ao crime de lavagem, o julgamento United States v. Campbell (1961) obteve grande destaque. Nesse julgamento, decidiu-se que não se poderia concluir que o acusado tivesse agido com dolo, apenas porque deveria saber de alguns fatos, ou se havia sido negligente em re-

conhecer o que estava acontecendo; mas sim, que deveria ser provado que ele, propositadamente, evitara descobrir os fatos.

Vale ressaltar que, na *commom law*, caso do modelo inglês e americano, não existe a figura do dolo eventual, de modo que esta foi amplamente aceita pela jurisprudência.

Por outro lado, no direito espanhol, que compartilha do modelo da *civil law*, assim como o direito brasileiro, a doutrina da Cegueira Deliberada vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE) desde o ano de 2000.

Em 19 de janeiro de 2005, com a Sentença 22/2005, a ignorância deliberada tornou-se substituto autêntico do dolo eventual no Tribunal Espanhol (2005),

não se exige um dolo direto, bastando o eventual, como se faz referência na sentença judicial, é suficiente estar na posição de ignorância deliberada. É dizer que quem podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou colaboração que lhe é pedido, se mantém em situação de não querer saber, porém presta sua colaboração, de modo que assume as conseqüências penais que derivam da sua ação antijurídica.

com exceção da Sentença 797 de 20 de julho 2006, proferida pelo relator Enrique Bacigalupo Zapater, da 2ª Turma do Tribunal Supremo, que teve seu voto vencido.

Em sua decisão, esse julgador afirmou que aquele que se coloca intencionalmente em situação de ignorância, na verdade, sabe o que ignora, de modo que o nome utilizado, “cegueira deliberada”, é insustentável e contraditório, bem como a respectiva Teoria é desnecessária para se condenar alguém por um delito doloso, conforme se observa deste trecho:

O simples fato de se empregar familiares com vínculos estreitos, como o filho, a esposa e a nora, no procedimento, revela se tratar de assuntos que se deseja não sejam conhecidos por estranhos e que se desconfia que outras pessoas com vínculo puramente profissional possam obter informações a respeito. Sem sombra de dúvidas, o recorrente tinha este conhecimento cotidiano e sabia que a esposa do seu pai e sua própria esposa realizavam operações semelhantes, bem como outros amigos íntimos de seu pai.

Com base nestes fatos, o Juiz disse não ter dúvidas sobre a existência de dolo direto deste recorrente e dos outros que se encontravam em situação similar, descartando que tenham agido com imprudência grave (questão relevante aos efeitos da possível aplicação do art. 303.3 CP). Neste contexto, fez-se referência a uma doutrina do procedimento legal dos EUA, segundo a qual se trataria de casos de “ignorância deliberada” ou de “ignorância intencional”. Tais expressões não são nem idiomáticas nem conceitualmente adequadas, uma vez que, se tem a intenção de ignorar é porque, na realidade, sabe-se o que se ignora. Ninguém pode ter intenção do que não sabe. A contradição, literalmente falando, é evidente.

Sem prejuízo disso, a estimação do dolo é, no resultado, correta, uma vez que, como há frisado o Júri com freqüência, aquele sobre cujas ações a suspeita delitiva é claramente difundida entre pessoas sem nenhuma formação especial, omite tomar medidas para não realizar o tipo penal, age com indiferença e, para tanto, com dolo, porque frente a possibilidade de realização do tipo, de todas as maneiras, há agido.

Se, no primeiro momento, é possível verificar que a Teoria é uma questão probatória, já no segundo, ela se equipara ao dolo eventual, seja como indício do elemento volitivo, seja como substituto do conhecimento.

O mesmo processo está ocorrendo na jurisprudência brasileira, como veremos no decorrer deste artigo.

1 A SIMILARIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COM A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

O direito penal brasileiro se fundamenta no princípio do *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual “nenhum resultado pode ser imputado ao seu autor se não tiver sido causado, no mínimo, por uma conduta culposa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 500).

Esse princípio afasta a chamada responsabilidade objetiva bem como o *versari in re illicita*, em que “é conceituado autor aquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente, causa um resultado antijurídico” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 500).

Todavia, embora rejeitado, observam-se flagrantes violações ao princípio do *nullum crimen sine culpa* e evidentes manifestações do *versari in re illicita* em nosso ordenamento.

Pode-se verificar uma dessas manifestações na chamada Teoria da *Actio Libera in Causa*, ação livre em sua causa, aplicada quando o agente se coloca em estado de inimputabilidade, caso em que se considera haver a prática de ato punível, pois ele propositadamente se colocou nesse estado.

Nesse sentido, esclarece Walter do Nascimento (1992, p. 21):

São os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever.

O problema se encontra quando o crime é praticado a título de dolo e não existe a modalidade culposa do delito. Explica o doutrinador Bitencourt (2010, p. 316):

Para a configuração do dolo exige-se a *consciência* (previsão ou representação) daquilo que se pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada.

Assim, o elemento subjetivo do tipo deve estar presente no momento da prática da ação, segundo o princípio da simultaneidade.

Destarte, é possível verificar semelhanças entre a Teoria da Cegueira Deliberada e a Teoria acima discutida (*Actio Libera in Causa*), pois ambas surgem para solucionar o problema daqueles que se colocam, intencionalmente ou imprudentemente, em situação que exclui a sua responsabilidade penal.

Portanto, pune-se pela vontade ou pela imprudência tida antes da prática do crime, ou seja, a vontade de se colocar em ignorância e de não querer conhecer a tipicidade da sua conduta, e não a conduta em si.

Valles (2007, p. 160) entende que “ninguém pode beneficiar-se das causas de exclusão de responsabilidade penal que ele mesmo provocou.” E conclui que, nos casos em que há grau de indiferença equivalente ao dolo, não existem casos de dolo antecedente, mas sim de autêntica presença de dolo no momento da realização do tipo, sem afronta ao princípio da simultaneidade (VALLES, 2007, p. 160).

2 O PROBLEMA DO DOLO DIRETO E A CULPA CONSCIENTE

Outro ponto necessário para a análise da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada é entender a complicada diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

Se, na teoria, as denominações já são confundidas, na prática se torna extremamente difícil verificar quando o agente está agindo com dolo eventual ou com culpa consciente, “sendo mais uma impressão pessoal do julgador do que um dado obtido a partir dos elementos objetivos da prova” (CALLERGARI; BECK, 2012, p. 179-192).

Na teoria, o dolo eventual, conforme o Código Penal Brasileiro (art. 18, *caput*, Segunda Parte, do CP), é aquele em que se assume o risco de produzir o resultado típico, em outras palavras: “no dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção” (CONDE, 1988, p. 59-60).

Por outro lado, a culpa consciente, também chamada de culpa com previsão, consiste em o agente, mesmo prevendo determinado resultado, esperar que este não ocorra, supondo poder evitá-lo.

Assim, embora a doutrina estabeleça delicada diferença entre os institutos, na prática, surgem diversos problemas com a aplicação deles no caso concreto:

Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de probabilidade de produção do resultado, e no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, importará ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 475).

De modo que, mais uma vez, o problema ocorre quando não há a modalidade culposa do tipo penal.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A Teoria da Cegueira Deliberada ficou conhecida no Brasil, em 26 de junho de 2007, quando foi utilizada no julgamento do furto ao Banco Central, caso de grande repercussão midiática no país inteiro.

Nesse caso, foram furtados R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões setecentos e cinquenta e cinco mil cento e cinquenta reais) e, com o produto do crime, foram comprados 11 carros de uma revendedora, e o pagamento foi feito todo em notas de cinquenta reais.

O Juiz da 11ª Vara Federal de Fortaleza, Ceará, aplicou a Teoria, para condenar os proprietários da revenda de carros pelo crime de lavagem de dinheiro, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por pena privativa de liberdade, asseverando que os vendedores agiram com indiferença à estranheza do negócio realizado apenas com dinheiro em espécie, assumindo o risco da venda em troca de dinheiro sujo (SAMPAIO, 2007).

Todavia, em sede de apelação, o TRF da 5ª Região (acórdão publicado no dia 22/10/2008) modificou o entendimento do Juiz da 11ª Vara Federal, por entender que seria incabível a responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que as provas foram insuficientes para a condenação e que sua aplicação dependia de adequá-la ao sistema jurídico, ou seja, que o tipo legal admitisse a punição a título de dolo eventual, o que não era o caso na época do ocorrido, conforme se observa do seguinte trecho do acórdão:

[...] TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. [...]

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2.º.- Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, § 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes.- É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia.- A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de “bens de luxo ou de alto valor”, tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie.- Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie.- Mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2º, incisos I e II) (MOREIRA, 2008).

No ano de 2013, a Teoria foi utilizada no julgamento de outro grande e famoso caso, conhecido como Mensalão (AP 470/MG), que envolveu muitos políticos brasileiros.

Nesse julgamento, houve ampla discussão sobre a possibilidade de aplicação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, uma vez que, na época dos fatos, se aplicava ainda a Lei 9.613/96, a qual não previa o dolo eventual no tipo penal.

No caso em comento, o Ministro Celso de Mello (2013) entendeu pela aplicabilidade do dolo eventual no delito de lavagem de capitais, assegurando que "[...] parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização do profissional da lavagem".

O Ministro fundamentou sua decisão, alegando que o *caput* do art. 1º da Lei 9.613/96 não exigia elemento subjetivo específico, comportando, assim, o dolo eventual com fulcro no item 40 da Exposição de Motivos 692/1996, que assim dispõe:

Equipara o projeto, ainda, o crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1º, § 1º, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direito ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do *caput* do artigo (COAF, 1996).

Entendeu, ainda, que o artigo 18, I, do Código Penal admitia a previsão genérica do dolo eventual para todos os tipos penais, não exigindo previsão específica ao lado de cada um (BARBOSA, 2013).

Esclareceu, inclusive, que a aplicabilidade do dolo eventual ao *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem não estaria aumentando indevidamente o alcance do tipo, mas apenas estaria utilizando um dos institutos consagrados do Direito Penal Brasileiro:

Não se trata de ampliar indevidamente o alcance do *caput* do art. 1º da Lei 9613/96, mas somente se aplicar ao crime de lavagem institutos consagrados do Direito Penal Brasileiro e reconhecer que o delito é praticado dolosamente não só quando o agente quer o resultado delitivo, mas também quando, indiferente ao resultado de sua ação, assume o risco de produzi-lo (BARBOSA, 2013).

E lembrou, em seu voto, que o Direito Comparado favorece a utilização da Teoria.

O Ministro Dias Toffoli entendeu que, com base na nova lei, é possível aplicar o dolo eventual ao delito de lavagem de capitais, visto que todo e qualquer crime passa a ser seu antecedente (BARBOSA, 2013).

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio manifestou seu temor de que, caso aceito o dolo eventual na lavagem de dinheiro, comesçassem a surgir acusações contra os advogados, em especial, os criminais que fazem a defesa de traficantes:

Assusta-me, Presidente, brandir que, no caso de lavagem de dinheiro, a ordem jurídica contenta-se com o dolo eventual. Não quero assustar os criminalistas, mas vislumbro que teremos muitas ações penais contra criminalistas, no que são contratados por acusados de delitos até gravíssimos. É claro que poderão supor que os honorários, os valores estampados nos honorários são provenientes de crimes praticados por traficantes, por contraventores e por outros criminosos, valendo notar que houve a reforma da lei nº 9613/98. Abandonou-se o rol exaustivo referente ao crime antecedente. Hoje, numerário proveniente de qualquer crime poderá ser tido como lavado ou como branqueado, vocábulo da preferência de alguns (BARBOSA, 2013).

Recentemente, a Teoria ganhou notoriedade no julgamento da Operação Lava Jato, ao ser utilizada pelo Juiz titular da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná, Sergio Moro.

Da análise da sentença da Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, percebe-se que o Juiz entendeu pela permissividade da utilização do instituto de dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503):

“La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificar-se -- salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse ‘el mundo de la droga’.

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.”

349. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho:

“Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.” (ACR 5004606- 31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014)

350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.

Em sede de Apelação Criminal, o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim se pronunciou:

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

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*).

Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso Regina v. Sleep. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americano é apontado como sendo Spurr v. US, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes desta tendência, Turner v. United States, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e United States, v. Jewell, 532 F.2d 697, 70 (1976), da 9.ª Corte de Apelações Federais.

No caso Jewell, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.

É importante destacar que “ignorância deliberada” não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente.

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

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE:

«es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.»

Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual:

«(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTS 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.»

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira.

Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão.

De maneira similar, a Teoria foi utilizada no julgamento das ações penais 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, 5007326-98.2015.4.04.7000/PR, dentre outras.

Em razão disso, passa-se à análise da possibilidade de o advogado, ao receber honorários advindos de valores ilícitos, responder a processos criminais.

4 A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO, A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS

Com a ampla utilização pela jurisprudência da Teoria da Cegueira Deliberada, em especial nos crimes de lavagem de capitais, faz-se necessária a discussão sobre a possibilidade de condenação dos advogados pelo crime de lavagem em razão do recebimento de honorários maculados.

No ano de 2012, adveio a Lei 12.683, que trouxe significativas mudanças à Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98).

Essas mudanças ocorreram com o objetivo de obedecer às Recomendações do GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), “organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo” (COAF, 2014).

Serão analisadas, neste trabalho, em especial, as mudanças contidas nos artigos 1º e 9º, que se referem, respectivamente, ao tipo penal do delito de lavagem de capitais e às pessoas sujeitas ao mecanismo de controle disposto nos artigos 10 e 11.

Inicialmente, a Lei 9.613/98 continha a seguinte redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

[...]

§ 2º Incorre na mesma pena quem:

I - utiliza, em atividade econômica ou financeira, bens direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.

Com a nova Lei 12.683/12, a redação passou a ser:

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.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

[...]

§2º Incorre na mesma pena quem:

I - utiliza, em atividade econômica ou financeira, bens direitos ou valores provenientes de infração penal.

Dentre as mudanças que a Lei 12.683/12 provocou, é possível observar a extinção do rol de crimes antecedentes – considerando, assim, qualquer tipo de infração penal (crime e contravenção penal) praticada como crime antecedente – bem como a supressão da expressão “que sabe serem” do inciso I do § 2º do art. 1º, que indicava a impossibilidade de aplicação do dolo eventual. Em decorrência dessa eliminação, o dolo eventual passou a ser completamente admitido para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.

Luiz Regis Prado ensina que, em decorrência da possibilidade de aplicação do dolo eventual ao crime de lavagem de dinheiro, basta um conhecimento pouco aprofundado sobre a origem ilícita do dinheiro para já se configurar o crime de lavagem:

Considera-se desnecessária a existência de um conhecimento *exato, preciso ou detalhado* sobre a procedência criminosa dos bens, capitais ou valores, sendo que se conforma com o mero conhecimento superficial ou vago (conhecimento paralelo à esfera do profano), sobre a origem delitiva do bem (PRADO, 2014, p. 381.)

Esse novo entendimento gera um grave problema de proporcionalidade, pois equipara aquele que poderia saber, mas não sabe, com aquele que tem plena consciência do ilícito, sem deixar de mencionar que fere a presunção de inocência, princípio basilar do Estado de Direito, e a proibição de responsabilidade penal objetiva.

Ainda segundo Beck e Callegari (2012, p. 179-192), a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada impõe uma “inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado”. Isso, porque se até ao que o agente não sabe (mas tinha potencial para saber), em vez de ao que realmente foi representado por ele.

Marco Antonio de Barros faz um alerta sobre o uso do dolo eventual, afirmando que "Não se deve utilizar o dolo eventual com o propósito de fomentar o rigor punitivo da resposta penal, muito menos com o fim de incrementar o controle social, ou para servir de instrumento de contenção social." (BARROS, 2012, p. 63-64).

Pierpaolo Cruz Bottini também adverte que, do ponto de vista da política criminal, deve-se ter cautela em aceitar o dolo eventual no crime de lavagem:

Acceptar o dolo eventual para todas as formas de lavagem de dinheiro não parece adequado do ponto de vista político criminal porque resultaria na imposição de uma carga demasiado custosa àqueles que desempenham atividades no setor financeiro, afinal, sempre será possível encontrar algum indício de mácula na procedência do capital de terceiros com o qual se trabalha, à exceção dos casos em que a licitude original é patente.

A falta de informações sobre a fonte do dinheiro pode gerar desconfiança, ao mesmo tempo em que a fungibilidade do bem impede — em geral — o reconhecimento seguro de sua procedência. Mesmo que sejam adotadas medidas de averiguação do cliente e da operação, nos termos dos atos regulatórios em vigor, sempre — ou quase sempre — haverá espaço para dúvida, e tal dúvida poderá, em um campo semântico alargado, indicar suspeita. Por isso, nos parece que a tipicidade subjetiva da lavagem de dinheiro na forma do caput do artigo 1º é limitada ao dolo direto, sendo o dolo eventual admissível apenas nos casos descritos no parágrafo 2º, inciso I da Lei (BOTTINI, 2013.)

Valles comenta seu temor de que os tribunais utilizem a Teoria como desculpa para se eximirem da obrigação de motivar suas decisões:

Finalmente, cabe advertir sobre certos riscos no uso desta doutrina e, mais concretamente, do perigo de que os tribunais espanhóis, adaptando segundo suas conveniências, acabem utilizando como subterfúgio para evitar seus deveres de motivação no que concerne a prova do conhecimento que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual (VALLES, 2007, p. 101.)

Quanto ao art. 9º, com a nova Lei, ampliou-se o rol de pessoas obrigadas a comunicar qualquer atividade suspeita de seus clientes, incluindo, principalmente, as pessoas físicas no *caput* do artigo bem como novos incisos no parágrafo único. A mudança, evidentemente, transferiu por completo a função fiscalizadora das autoridades públicas para o particular.

Para o desenvolvimento deste artigo, merece especial atenção o inciso XVI do parágrafo único do art. 9º, pois adicionou o seguinte texto: “XVI – as pessoas físicas e jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de **assessoria, consultoria**, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações.” [grifo nosso]

Ao mencionar os serviços de assessoria e consultoria, o legislador teve intenção de abranger todo tipo de atividade de assessoria e consultoria, incluindo, conseqüentemente, a figura do advogado.

Logo, com a nova Lei de Lavagem de Capitais (Lei 12.683/2012), que, como vimos anteriormente, admitiu o dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, excluiu-se o rol de crimes antecedentes, tornando crime de lavagem qualquer tipo de infração penal (crime e contravenção penal)

anterior, bem como ampliou-se o rol de obrigados a comunicar às autoridades qualquer atividade suspeita de lavagem, incluindo, nessa lista, os advogados, conforme se observa do art. 9º, parágrafo único, XIV; criou-se, então, certo temor entre tais profissionais, em especial entre os que atuam na área criminal, de responderem a processo em razão do recebimento de honorários maculados, juntamente com seus clientes, em concurso de agentes.

Isso, porque da leitura do § 2º, inciso I, do art. 1º se pode depreender que a mera utilização do produto do crime já configura o delito ali disposto.

Assim, o advogado, ao receber os honorários maculados, estaria contribuindo para a prática da terceira etapa da lavagem, a reintegração, que consiste em trazer aparência de lícito ao dinheiro, ao bem ou ao valor ilícitos.

Entretanto, ao se obrigar o advogado a comunicar às autoridades qualquer atividade suspeita de seus clientes, criou-se um verdadeiro conflito de leis, pois as obrigações descritas nos artigos 10 e 11 da nova Lei de Lavagem vão claramente de encontro ao dever de sigilo do profissional previsto nos artigos 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina; às prerrogativas do Estatuto da Ordem dos Advogados (art. 1º, 2º e 7º); à relação de confiança com o cliente, que é pressuposto da atividade do advogado e, por fim, aos direitos garantidos pela Constituição Federal, como a ampla defesa, o direito de não produzir provas contra si e a essencialidade do advogado para a administração da justiça.

Desse modo, indaga-se, até que ponto as ideias de política criminal podem diminuir as garantias consagradas no Estado de Direito?

Vale ressaltar que até mesmo a Nota Interpretativa da Recomendação número 23 do GAFI dispõe que o advogado, quando atua no estrito cumprimento de sua profissão, é isento da obrigação de comunicar às autoridades:

1. 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.
2. 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 (FATF-GAFI, 2012.)

Nesse mesmo sentido é a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que, em seu art. 9º, 5, excluiu os advogados contenciosos do dever de comunicação, confira-se:

os Estados-Membros não são obrigados a aplicar o parágrafo anterior (obrigações referentes às comunicações obrigatórias) quando notórios, membros de profissão jurídicas independentes, auditores, técnicos de conta externa ou consultores fiscais estiverem a determinar a situação jurídica se um cliente ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trata de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo.

Nesse mesmo sentido, também, é o que defende André Callegari (2012), ao entender que, de modo algum, o advogado, no exercício de sua atividade, pode ser processado por delito de lavagem, tendo em vista a sua indispensabilidade à administração da justiça, que assegura o livre exercício da advocacia:

As condutas que se restrinjam as atividades cotidianas do exercício da advocacia não podem ser vistas em qualquer hipótese como participação no delito de lavagem de dinheiro, ainda quando o profissional receba como pagamento de honorários os valores de que não saiba a procedência.

Por todo o exposto, os doutrinadores discutem, no âmbito do Direito Penal Material, soluções para o caso.

Para os doutrinadores Bottini & Rios, o ato de gastar é mero exaurimento do crime de lavagem, e não parte integrante do delito.

O exaurimento funciona como pós *factum* não punível, que apenas exaure um delito já consumado (BECKER, 2004, p. 68); caso contrário, ocorreria dupla punição por um mesmo fato delituoso, o que violaria o princípio do *non bis in idem*, vedado pelo nosso Direito Penal.

Rodrigo Rios entende, ainda, que o recebimento de honorários maculados por parte do advogado se trata de conduta neutra, atípica, pois ele apenas está recebendo por um serviço prestado, de modo que “não cria um risco penalmente desaprovado, ao não revelar, com sua conduta, nenhum sentido objetivamente delitivo, situando-se dentro dos limites do risco permitido” (RIOS, 2010, p. 236).

Rios (2010) prevê, inclusive, hipóteses de mitigação da sua teoria, que seria a necessidade de atos fraudulentos de transformação, não bastando o mero consumo:

Essa análise conduziria à conclusão de que somente o ‘recebimento’ (no caso, honorários maculados) revelador do efeito de *ocultação* ou *dissimulação* poderia ser elevado a categoria de conduta típica, sempre e quando esse ato viesse a contribuir com a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito prévio. As condutas neutras serão típicas apenas se implicarem ‘*ocultação* ou *dissimulação*’ estando revestidas de atipicidade quando constituem um mero ato de consumo, independentemente de configurar uma transformação do objeto. Parece evidente, em tese, que o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitiva do advogado implica um ‘ato de transformação do dinheiro em serviços profissionais do defensor’, não gerando por si só ‘ocultação ou dissimulação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica daquele que o entrega’, pois, em princípio, permanece nos limites do risco permitido à atividade profissional respectiva (p. 134).

Essa ideia já foi utilizada pelo Desembargador Nefi Cordeiro, do TRF 4ª Região 1999.70.00.013518-3/PR. Todavia, há críticas a esse pensamento, porque a ausência de tipo objetivo só cabe para o partícipe e, no presente caso, o advogado que recebe honorários maculados se iguala ao autor do crime de lavagem.

Em contrapartida, Fabio André Guaragni e Maria Fernandes Ortigara, em seu artigo intitulado "O crime de Lavagem de Dinheiro e o Papel do Advogado frente aos Honorários Advocatícios Maculados", publicado na Revista Jurídica, defendem a ideia de que o advogado deve ser processado, pois estaria praticando a terceira etapa da lavagem, a integralização.

Igualmente, se o advogado vier a saber da origem ilícita dos seus honorários e, intencionalmente, não a comunicar às autoridades, poderá responder na forma comissiva por omissão, uma vez que o art. 9º, parágrafo único, institui deveres de vigilância, e o advogado assume a posição de garante prevista no art. 13, §2º, a, do CP.

Argumenta, ainda, que o objetivo da Lei é proteger a ordem econômica e financeira, evitando que o criminoso utilize o produto do crime e possa lucrar com a atividade criminosa:

Contudo, excluindo o advogado dessa responsabilidade, deixa-se de observar o real objetivo da lei de lavagem de capitais, que é impossibilitar os criminosos de se beneficiarem com o produto do crime, e, quando estes pagam suas defesas com os valores oriundos da lavagem, estão finalizando a terceira etapa da lavagem de dinheiro, integralizando o dinheiro em um negócio lícito (a advocacia), fazendo o valor voltar a circular pela sociedade, dificultando ainda mais a investigação (ORITIGARA, 2014, p. 312-357.)

Marcelo Batlouni Mendroni entende que o sigilo profissional não pode ser absoluto, sendo ele inerente aos dados do processo:

O direito de sigilo profissional, como qualquer outro direito, não pode ser absoluto. Não é possível interpretar, nesses casos, que o advogado não possa ou não deva, “por dever de sigilo profissional” recusar-se a prestar informações a respeito de “qual a Causa” que defende, e “quem” é ou quem são os seus clientes. O sigilo profissional do advogado é evidentemente inerente ao âmbito do teor do processo, e não aos dados exteriores a ele relativos (MENDRONI, 2006.)

Já a doutrinadora e Professora Heloisa Estellita, juntamente com Luiz Armando Badin, Pierpaolo Cruz Bottini e Celso Sanches Vilardi, acreditam que a OAB, órgão responsável por regulamentar a questão, deveria implementar um código de boa conduta, assim como existe nos Estados Unidos, afastando daqueles que cumprem com suas obrigações responder a qualquer tipo de processo e garantindo, assim, mais segurança jurídica ao operador do direito:

Em especial no âmbito consultivo, os serviços prestados por advogados podem contribuir, ainda que involuntariamente, para a prática de crime de lavagem de capitais praticado por seus clientes. Nesse âmbito parece importante uma regulação por parte da OAB. A falta de diretrizes, ao contrário de assegurar a liberdade do exercício profissional, acarreta insegurança. [...]

A inviolabilidade e o sigilo não impedem esse crescente número de investigações criminais contra os advogados, daí porque o tema, bem ao contrário de afrontar nossas prerrogativas, é medida responsável que ajudará a classe, estabelecendo os limites que não podem ser ultrapassados (BADIN et al., 2014.)

Na Alemanha, no ano de 2000, o Superior Tribunal de Hamburgo decidiu que não caracteriza lavagem de dinheiro o pagamento de honorários maculados ao advogado atuante exclusivamente em processos criminais. Todavia, em 2004, em caso análogo, o Tribunal Constitucional do mesmo país caracterizou como lavagem de capitais honorários maculados recebidos pelo advogado que conhecia, de forma segura (dolo direto), a origem ilícita do dinheiro de seu cliente (RIOS, 2010, p. 188).

A decisão proferida em 2000 se fundamentou no fato de que essa hipótese afetaria a relação de confiança, implicaria a renúncia do advogado, ao aprofundar seus conhecimentos sobre o caso, geraria enfraquecimento da defesa e tornaria o advogado dativo uma exceção à regra; contudo, o principal argumento foi o direito fundamental de livre escolha do defensor do réu no livre exercício da profissão (RIOS, 2010, p. 188).

Desse modo, observa-se que se terminou por criar um problema de enormes proporções para o advogado, em especial para o que atua na área criminal.

CONCLUSÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, criada pela Suprema Corte inglesa, equiparou aquele que deliberadamente evita saber dos fatos e de suas consequências àquele que possui total consciência da ilicitude deles.

No Brasil, como já visto, a Teoria foi utilizada no julgamento do caso do furto ao Banco Central, para condenar por lavagem de dinheiro os sócios de uma revendedora de carros sob o fundamento de que os vendedores agiram com indiferença à estranheza do negócio realizado apenas com notas de cinquenta reais, assumindo o risco da venda em troca de dinheiro sujo.

A sentença, todavia, foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu não haver provas suficientes para a condenação da revendedora de carros.

Recentemente, a mesma Teoria foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mensalão, para condenar alguns dos acusados por lavagem de capitais, bem como pelo Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba no julgamento da Operação Lava Jato.

Com a utilização da Teoria na jurisprudência brasileira e a nova Lei de Lavagem de Dinheiro, que ampliou os deveres de comunicação e seus obrigados, incluindo os advogados, bem como com a exclusão do rol de crimes antecedentes e a aplicabilidade do dolo eventual no crime de lavagem, criou-se certo temor por parte dos profissionais do direito de que sejam investigados e denunciados por crime de lavagem de dinheiro no caso de recebimento de honorários maculados.

Ainda, deve-se levar em consideração que há incompatibilidade entre os princípios do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e as obrigações previstas na nova Lei de Lavagem de Dinheiro.

Quanto à figura do advogado, é de especial atenção que a Teoria não seja aplicada àqueles profissionais que, no exercício de sua função, recebam honorários maculados, entretanto declarem devidamente o valor recebido e o utilizem de boa-fé; mas sim, àqueles que se utilizam de sua função para a prática de alguma forma de crime.

As políticas criminais não podem esmagar os princípios constitucionais de um Estado de Direito, nem mesmo os presentes no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A Teoria da Cegueira Deliberada não deve ser utilizada, ainda, para dispensar a produção de prova da acusação; e, acima de tudo, para criar a modalidade culposa do crime de lavagem de capitais, que resguardaria a proporcionalidade em caso de condenação.

Assim, é de extrema importância a discussão do tema deste artigo, a fim de que os doutrinadores, os juristas e os membros da Ordem dos Advogados do Brasil possam criar limites objetivos e efetivos para tornar possível diferenciar a atividade normal do advogado daquela em que o profissional se utiliza de sua função para a prática de ilícitos, conforme sugerido pela Doutora Heloisa Estellita.

Aprovado em: 06/07/2017. Recebido em: 15/03/2017.

REFERÊNCIAS

- BADIN, Luiz Armando; ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; VILARDI, Celso Sanches. **Advocacia e lavagem: é preciso desfazer alguns mal-entendidos**. Revista Consultor Jurídico, 3 jul 2014.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo à Lei 9.613/1998**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BECKER, Marina. **Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. Revista Consultor Jurídico, 30 jul 2013.
- BRASIL, Justiça Federal do Ceará, 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal, Juiz Danilo Fontenelle Sampaio, Data de julgamento: 26/06/2007.
- BRASIL, Justiça Federal do Paraná, AP 5026212-82.2014.45.04.7000/PR, 13ª Vara Federal, Juiz Sergio Moro, Data de julgamento: 22/04/2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 17/12/2012, Publicado no DJe de 22/04/2013.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região, ACR 5026212-82.2014.404.7000, Des. Rel. João Pedro Gebran Neto, maioria, 8ª Turma, Publicado no DJe de 22/10/2008.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal 5ª Região, ACR5520-CE, Des. Rel. Rogério Fialho Moreira, unânime, 2ª Turma, Publicado no DJe de 22/10/2008.
- CALLEGARI, André Luis; BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. p. 179-192, 2012.
- CALLEGARI, Andre Luiz. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito Penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- COAF, Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos nº 692**, 18 dez 1996.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- ESPANHA, Tribunal Supremo. Recurso nº 572/2005, Resolução nº 797/2006, Enrique Bacigalupo Zapater, Data de julgamento: 20/07/2006.
- ESPANHA, Tribunal Supremo. Recurso nº 1489/2003, Resolução nº 33/2005, Joaquín Giménez García, Data de julgamento: 19/01/2005.
- EUA, Suprema Corte. *United States versus. Campbell*. 365 U.S. 85 (1961), julgado em 23/01/1961.
- EUA, Suprema Corte. *United States versus. Spurr*, U.S. 728 (1899), julgado em 22/05/1899.
- FATF-GAFI. **As 40 Recomendações do GAFI**. Fev 2012.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A participação de Advogados nos Crimes de Lavagem de Dinheiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 31, jul 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3388>
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais (Doutrina - Legislação - Jurisprudência)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ORITIGARA, Marina Fernanda; GUARAGNI, Fábio André. **O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados**. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 37, p. 312-57, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Direito Penal Econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLÈS, Ramon Ragués i. **La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Manoela Pereira Moser

*Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo.
Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR), com
Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito.
Membro da Comissão dos Advogados Iniciantes
e da Subcomissão de Trabalhos Filantrópicos da OAB/PR.
Advogada.*

manomoser@gmail.com