



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

GEORGE LUCKAS MORAIS BERNARDO

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO
DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE LAVAGEM
DE CAPITAIS**

FORTALEZA
2016

GEORGE LUCKAS MORAIS BERNARDO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO
DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DA LAVAGEM DE
CAPITAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito Noturno da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B444a Bernardo, George Luckas Morais.

A Aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada na Responsabilização dos Agentes Financeiros pelo Descumprimento das Obrigações Impostas pela Lei de Lavagem de Capitais / George Luckas Morais Bernardo. – 2016.

88 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno.

1. Lavagem de Dinheiro. 2. Agentes Financeiros. 3. Omissão Imprópria. 4. Dolo Eventual. 5. Cegueira Deliberada. I. Título.

CDD 340

GEORGE LUCKAS MORAIS BERNARDO

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA
RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO
DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS

Monografia apresentada ao Curso de Direito
Noturno da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Jesus Cristo, sem o qual nada do que foi
feito poderia ser feito.

Aos meus pais, em cujos ombros me apoiei até
o presente momento.

À minha irmã, cujo exemplo de pureza moral
me incentiva a lutar para ser alguém melhor.

AGRADECIMENTOS

Árdua tarefa é resumir em palavras a minha gratidão por todos que contribuíram não somente para a redação deste Trabalho de Conclusão de Curso, mas para o encerramento deste ciclo de vida. Apesar da dificuldade, seria uma grande tolice não tentar apresentar, devidamente, estes agradecimentos.

Agradeço, em princípio, como sempre foi e sempre será, ao meu Deus, o Deus triúno, Pai, Filho e Espírito Santo, por me dar ânimo e forças, por ser o descanso para a minha alma e âncora para o meu espírito, por ser a minha motivação para lutar pela justiça desde a manhã e para livrar o espoliado das mãos do opressor. A Ele seja dada toda a honra.

Agradeço aos meus pais, Bernardo e Zilma, que foram forçados a serem adultos quando todos deveriam ser crianças, e que, com seu exemplo, ensinaram-me o valor da maturidade e do estudo. Sem eles, jamais teria chegado até onde cheguei.

Agradeço à minha irmã, Gabrielli, por estar sempre atenta às minhas ansiedades e pelos seus valiosos conselhos, que nunca perderam o valor, mesmo quando os desprezei. Agradeço especialmente à sua bondade e gentileza naturais, que alimentam minha esperança em um mundo melhor.

Agradeço ao Prof. Raul Nepomuceno, inicialmente pelas suas aulas na disciplina Direito Penal IV, que contribuíram definitivamente para a escolha do tema deste trabalho, e igualmente pela sua paciência, já como orientador, com meus atrasos e por suas valiosas sugestões, sem as quais este trabalho não seria possível. Agradeço ao Prof. Samuel Arruda, que em muito contribuiu com suas aulas para o despertar da minha identificação com o Direito Penal, e pela sua longanimidade em harmonizar seus compromissos com meu convite. Agradeço ao mestrando Isaac Cunha, cuja elogiosa reputação o precede, pela sua certa disponibilidade.

Agradeço a todos os bons amigos que fiz nesta Faculdade de Direito, por me ensinarem que a graduação vai além do estudo. Agradeço, especialmente, aos amigos que fiz na Gestão Pensar e Agir do Centro Acadêmico Clóvis Bevilácqua: João Victor, Saullo, Fernando Firmeza, Matheus, Thiago, Leandro, Walessa, Mayara, Kilvia, Rebecca, Edson. Agradeço pelas risadas e pelo amadurecimento que me proporcionaram. Seria uma grave ingratidão com a dignidade que há em cada um não os mencionar pelo nome.

Agradeço aos bons amigos que Deus me proporcionou, verdadeiras amizades, um refúgio para os dias escuros desta jornada da vida. Agradeço à irmã Lílian, por sempre me animar com suas palavras e por ser um exemplo de dedicação. Agradeço aos autênticos

irmãos que ganhei: Anderson, Matteus, Felipe, Daniel, Amanda, Márcia, Thays, entre alguns outros, que comigo formaram o clube dos anciãos. Antes deles, eu nunca havia amado tantas pessoas, de tal maneira, em tão pouco tempo.

Agradeço aos caros colegas que, comigo, ingressaram na empreitada da fundação da Empresa Júnior de Direito da UFC: João Paulo, Daniel, Lucas Barreto, Ciro Parada, Vítor, Felipe Arruda, Jáder, Lucas Cajado, Leonardo, Ricardo. Agradeço por terem me ensinado que é preciso coragem e disposição para vencer os desafios.

Agradeço ao Aloísio “Tico” Sousa, bom amigo que contribuiu para a reprodução de alguns livros meus e para o alívio da tensão dos dias de prova e dos finais de semestre. Agradeço pelos minutos de conversa e pela sabedoria que há em seus simples conselhos. O seu trabalho foi muito além de um negócio de fotocópias e sua ausência deste mercado, apesar de não fazer diferença para os clientes, fará muita falta para os estudantes da Faculdade de Direito.

Agradeço ao Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Ceará, onde primeiro estagiei, e a todos que contribuíram com meu crescimento lá, em especial à Mirelle, ao Carlos Façanha, à Daniele e ao Leonardo, pela descontração com a qual amenizaram os dias difíceis. Agradeço pelo aprendizado que lá recebi, que permanece essencial para o meu futuro profissional.

Agradeço à Procuradoria da República do Estado do Ceará, onde adquiri experiências e conhecimentos que confirmaram minha vocação profissional. Agradeço ao Jorge, Laise, Aloísio e Kessy, pela sua receptividade e simpatia ímpares. Agradeço, especialmente, ao Prof. Lino Menezes, que contribuiu de maneira decisiva com meu aprendizado com suas críticas, que sempre me motivavam a buscar o aperfeiçoamento.

Agradeço à minha grande família, simplesmente por existirem. Da minha avó Valda ao pequeno Gabriel, da minha Avó Antonia à inocente Isadora. Agradeço a todos pelos dias em que encontrei a mais pura felicidade na animação de cada um, nas coisas simples que nos fazem unidos, que nos dão um vínculo que vai muito além de uma árvore genealógica.

A todos, meu muito obrigado, minha eterna gratidão, por me provarem que o verdadeiro tesouro de alguém não está no ouro ou na prata, e muito menos em um diploma.

“A realidade (estatística, jornalística, policial, judicial ou carcerária) é insignificante diante dos crimes por ação ou omissão contra multidões de inocentes e necessitados. Os criminosos que figuram nas estatísticas são os verdadeiros marginais, os superficiais. [...] Seria preciso mergulhar a sonda nos alicerces sociais para identificar, radicalmente, seres ou estados, não só criminógenos, como, também, criminosos. Sistemas que convertem a lei em letra morta. A lei não prevê atividades supremamente criminosas e, quando prevê, a autoridade não quer, ou não pode, alcançá-las. Crimes perfeitos e até mais que perfeitos são praticados por atacado pelos inacessíveis e incapturáveis. A Criminologia identifica-os intrinsecamente. Não escaparão, não fugirão à verdade científica as expressões supremas da maldade, da ganância, da depravação. Ninguém poderá escudá-las contra a ciência livre.” (Roberto Lyra)

RESUMO

A legitimidade da aplicação de uma construção jurisprudencial norte-americana, denominada de doutrina da cegueira deliberada, na responsabilização penal do agente financeiro, no caso específico em que este coopera com um processo de lavagem de dinheiro ao descumprir alguma das obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98, é o tema central deste trabalho. Primeiramente, se discorre sobre a inovação e as peculiaridades do tema como um todo, que consistem em uma nova espécie de delinquente, o criminoso “de colarinho branco”, e um crime igualmente inovador, recentemente tipificado no ordenamento jurídico pátrio e no direito alienígena, o crime de lavagem de capitais. Em seguida, disserta-se sobre a qualidade da conduta que seria praticada pelo agente financeiro, uma omissão no caso, e como se avaliaria o elemento subjetivo da infração praticada por este sujeito, qual seja o dolo eventual; logo após, inicia-se a abordagem da doutrina da cegueira deliberada e do seu cabimento no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente, delinea-se as obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98 e quais são suas qualidades intrínsecas, além de se demonstrar a atribuição de garantidor da ordem econômico-financeira dada aos agentes financeiros pelas disposições da referida lei. O resultado da pesquisa é apresentado na argumentação que justifica a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada na responsabilização dos agentes financeiros pelo descumprimento dos deveres legalmente definidos e na apresentação das condições que devem ser atendidas e aferidas pelo magistrado para tal. Por fim, faz-se um breve estudo sobre casos concretos da jurisprudência brasileira em que se aplicou a doutrina da cegueira deliberada na condenação pela prática dos delitos previstos na Lei n. 9.613/98.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Crime “de colarinho branco”. Agentes financeiros. Ordem econômico-financeira. Omissão imprópria. Dolo eventual. Cegueira deliberada.

ABSTRACT

The legitimacy of the application of an American case law construction, called willful blindness doctrine, in the criminal responsibility of the gatekeeper, in the specific case in which he cooperates with a process of money laundering by defaulting any of the obligations imposed by the Act n. 9.613/98, is the central theme of this work. First, it discusses about the innovation and the peculiarities of the theme as a whole, that consists in a new kind of offender, the white-collar criminal, and an equally innovative crime, that recently become a type of offense in the Brazilian legal system and in the alien law, the money laundering. Then it holds forth on the qualification of the conduct that would be accomplished by the gatekeeper, an omission in the case, and how to evaluate the criminal malice in the offense committed by this individual, which is the eventual malice; soon after, it begins to approach the willful blindness doctrine and its compatibility with the Brazilian legal system. Later, it outlines the obligations imposed by Act n. 9.613/98 and what are its intrinsic qualities, and demonstrate the guardianship function of financial system given to the gatekeepers by the provisions of that law. The research result is displayed in the arguments justifying the applicability of the willful blindness doctrine on the criminal responsibility of gatekeepers for the default of the legal obligations and in the presentation of the conditions that must be fulfilled and verified by the judge to do so. Finally, it write about a brief study of the Brazilian case law which the willful blindness doctrine was applied in the conviction for the offenses set forth in Act n. 9.613/98.

Keywords: Money Laundering. White-collar crime. Gatekeeper. Financial system. Improper default. Eventual malice. Willful Blindness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA O DIREITO PENAL.....	14
2.1	O crime “de colarinho branco” e suas principais peculiaridades.....	15
2.2	A evolução histórica do combate à lavagem de ativos.....	21
2.3	O bem jurídico tutelado na tipificação da lavagem de ativos.....	29
3	CAUSALIDADE E CULPABILIDADE NO CRIME OMISSIVO.....	35
3.1	A omissão imprópria.....	37
3.2	Dolo eventual nos crimes omissivos.....	44
3.3	A Teoria da <i>Willful Blindness</i> ou Cegueira Deliberada.....	48
4	A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE <i>COMPLIANCE</i>.....	53
4.1	O <i>Criminal Compliance</i>.....	53
4.2	A atribuição de garante aos agentes financeiros.....	62
4.3	A aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada aos agentes financeiros.....	68
4.4	Breve análise sobre a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na Jurisprudência brasileira no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro... 76	76
5	CONCLUSÃO.....	81
	REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Não é preciso um trabalho acadêmico para se constatar que o mundo contemporâneo, nos últimos cem anos, mudou profundamente em diversos aspectos. As relações diplomáticas, políticas, sociais, econômicas, laborais, entre várias outras, sofreram profundas alterações, especialmente na segunda metade do século XX e no primeiro decênio do século XXI.

A evolução no aparelhamento técnico-científico das comunicações e dos transportes tem sido uma protagonista nestas recentes transformações, que, por sua vez, em conjunto, convencionou-se denominar de globalização; fenômeno este que, certamente, perpassa expressiva parcela dos âmbitos, se não todos, da vida em sociedade. Neste rol se inclui, conseqüentemente, o aperfeiçoamento da atividade criminosa.

Não se refere aqui, importa ressaltar, à criminalidade constituída como uma decorrência dos atributos negativos da globalização, tais como a concentração de renda ou o fim de benefícios assistencialistas pelo desmonte do Estado Social, que estimula, verdadeiramente, a prática de delitos já recorrentes (crimes contra o patrimônio) por meios tradicionais (emprego de violência ou grave ameaça).

Esse aperfeiçoamento, impulsionado pela globalização, a que se fez referência, trata-se de uma nova modalidade de delinquência, que se utiliza de ferramentas tecnológicas e das recentes facilidades e liberdades do trânsito de pessoas, de informações e de capitais para a obtenção de vantagens indevidas, praticando, assim, condutas recentemente criminalizadas.

Já na década de 1960, Roberto Lyra (1964, p. 60) afirmava a existência de um conjunto de formas de delinquência muito acuradas, de enorme danosidade social, que se mostravam cada vez mais acessíveis à evidência científica, embora apenas raramente fossem tipificadas na lei penal, e, na hipótese de que fossem, as autoridades de persecução penal não queriam ou não eram capazes de reunir evidências ou de obter uma condenação judicial.

Trata-se, aqui, de formas especializadas de criminalidade, que envolvem infrações penais como os crimes contra o sistema financeiro nacional e de “lavagem” de capitais ilícitos, entre outras. Esses crimes, por diversas razões, com o *modus operandi* peculiar, o volume de recursos envolvidos, as formas de ocultação das evidências, constituem-se em um desafio para a política criminal e efetivamente reclamam uma resposta penal diferenciada, seja no plano preventivo, seja no repressivo.

Juntamente à particularização de uma nova espécie de delito, também se revelou uma espécie de criminoso posta à margem da criminologia, mas não à margem da

sociedade. Estes criminosos peculiares não são as figuras tipológicas estigmatizadas já apontadas; são delinquentes que, apesar da nocividade de sua conduta, estão, normalmente, fora do sentimento de repulsa social reinante contra os criminosos tradicionais.

É sobre tal perfil diferenciado, de crimes e de criminosos, que se dissertará a seguir, para uma melhor compreensão da necessidade de uma persecução penal também especializada, a qual será o objeto deste trabalho.

2. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA O DIREITO PENAL

O pensamento criminológico contemporâneo já superou as antigas ideias de que a origem da prática criminosa se restringia a fatores hereditários, biológicos ou, inclusive, sociais no meio em que o delinquente está inserido. A concepção de que as pessoas ricas e influentes na sociedade poderiam ter uma vida circundante à atividade delituosa permaneceu, claramente, marginal se comparada à visão dominante de que a criminalidade era formada, de maneira determinante, em razão do estado de pobreza dos membros das classes sociais desfavorecidas (SANTOS, 2011, p. 39).

Esta associação entre a criminalidade e fatores econômicos é feita, desde os escritores do período iluminista, como Jean-Jacques Rousseau e Cesare Beccaria, que expõem com semelhança o ponto de vista expresso por Thomas More em sua obra “Utopia”, redigida no ano de 1516, na qual “[...] se descreve e asperamente se condena o trabalho das classes privilegiadas da época, que impedem o livre cultivo da terra, privando as massas populares dos legítimos meios de subsistência e forçando-os, assim, a roubar e a mendigar. [...]” (GIANINNI, 1975, p. 68). De fato, More (2004, p. 30), em seu principal escrito, explana o que segue sobre a origem da criminalidade:

[...] Em conclusão, por um meio ou por outro, pela força ou pela astúcia, são os desgraçados obrigados a partir, maridos e mulheres, órfãos e viúvas, mães chorosas com crianças de peito, afastando-se de sua terra e casa, sem em qualquer lugar encontrarem refúgio. São forçados a vender todos os haveres domésticos, cujo fraco valor ofereça mesmo assim possibilidades de venda. Esgotados este recurso, no decurso de sua vagabundagem forçada, que lhes resta senão roubar e serem em seguida enforcados, ou então a mendicidade nas cidades, e neste caso serem lançados nas prisões, acusados de vagabundagem, de não terem casa nem trabalho...

Neste sentido, Cesare Beccaria já dissertou (1998, p. 107), em sua obra “Dos delitos e das penas”, ao tratar sobre os furtos, que tal espécie de transgressão “[...] de ordinário, se trata apenas do delito da miséria e do desespero, o delito daquela infeliz categoria de homens a quem o direito de propriedade (direito terrível e possivelmente não necessário) deixou tão só uma existência despojada de tudo; [...]”.

Posteriormente, Karl Marx atribui à pobreza consequente do sistema capitalista, em que a propriedade dos meios de produção é de poucos e há uma consequente desigualdade na distribuição das riquezas, como origem da conduta criminosa. William Bonger, no início do século XX, tomando por base a interpretação marxista, entende que o capitalismo estimula o egoísmo e a irresponsabilidade social, inclinando, assim, as pessoas à

vida circundante à prática delituosa; nesta interpretação, o delito torna-se uma consequência do capitalismo, porque se supõe que este produz os fatores desfavoráveis que levam o proletariado a ingressar na criminalidade (GIANINNI, 1975, p. 70).

Em contrapartida, a indicação da miséria como causa de todas as infrações penais e a proposição de uma igualdade material como solução para a criminalidade são criticadas desde o pensamento de Aristóteles, redigido na obra “A Política” (1966, p. 51-52), onde se lê:

[...] Os homens praticam injustiças não apenas para enfrentar as necessidades da existência – necessidade para as quais acredita Faléias ter achado um remédio na igualdade dos bens, de maneira que não se roube aos outros para escapar à fome ou ao frio – porém ainda para o gozo material, para acalmar suas paixões no prazer. Quando seus desejos ultrapassam suas necessidades, não recearão cometer violências para se curar dos males que os amarguram, sem a finalidade de gozar dos prazeres sem oposição. [...] Para se conseguir o supérfluo, e não o necessário que se praticam grandes crimes. Ninguém se torna tirano com o fito de se livrar do frio; e pelo mesmo motivo dão-se as grandes fortunas ao que mata, - não um salteador, mas um tirano. Dêsse modo, o sistema de governo proposto por Faléias apenas oferece garantias contra as pequenas injustiças. [...]

A segunda metade do século XX, com todo o seu progresso já referido, pôs em evidência a ideia interna à citada declaração de Aristóteles, de que há criminosos que perpetraram a Lei, não por uma necessidade material, mas para, exclusivamente, atender um desejo pessoal, egoísta e ganancioso; a profissionalização da atividade delinquente, juntamente à expansão das organizações criminosas, nestes últimos cinquenta anos, são uma parte da expressão desta ideia (ALBERGARIA, 1988, p. 168).

2.1. O crime “de colarinho branco” e suas principais peculiaridades

O conceito desta modalidade de delinquência profissional, que seria cometida por pessoas de alto nível socioeconômico, no desenvolvimento de sua atividade profissional, em detrimento da ordem econômica, foi proposto por Edwin Sutherland e utilizado em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association* – ASA, em 1939, no qual adotou a expressão *white-collar crime*, ou “crime de colarinho branco”, em tradução livre.

Cumprido ressaltar, a partir deste ponto, que a expressão crime “de colarinho branco” não se confunde com os delitos previstos na Lei n. 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional; a modalidade criminosa aqui apresentada é mais

abrangente e engloba todas as infrações penais, inclusive aquelas previstas na Lei n. 7.492/86, que se enquadrem nos critérios a seguir apresentados.

A nova concepção teorizada por Sutherland se tornou uma quebra de paradigma ao desmistificar algumas correntes da criminologia que prevaleciam até a época, como as que atribuíam, quase que exclusivamente, como causa da criminalidade, fatores biológicos, sociopatológicos, ou sociais. Este autor, com tal tese, chamou atenção para uma espécie particular de mente criminoso, que não está revoltada com as estruturas sociais vigentes, mas que explora as suas fraquezas; o seu interesse no aperfeiçoamento das instituições se limita às alterações que lhe permitam adquirir mais poder econômico e influência, para, desta forma, promover os seus objetivos vaidosos e egoístas (MANNHEIM, 1991, p. 722).

Hermann Mannheim (1991, p. 723) afirma que o objetivo de Sutherland era chamar a atenção para um aspecto do comportamento criminoso que era, em regra, esquecido pelos que se detinham em tal estudo. Omissão esta atribuída aos doutrinadores e aos operadores do direito, o que acarretava o processamento de delitos perpetrados pelas sociedades empresárias como ilícitos civis, quando o mesmo delito, quando praticado por particulares, era considerado como infração penal.

O conceito do *white-collar crime* foi formulado, na seara da criminologia, levando em consideração a teoria da associação diferencial, esta oriunda da psicologia, a qual sustenta que não são diferenças físicas, psíquicas e econômicas que impulsionam determinado comportamento, o que inclui a atividade delituosa. De fato, os criminosos *white-collar* são pessoas que vivem em boa situação financeira, são socialmente integradas e aptas biológica e intelectualmente. Nesta lógica, Sutherland defende, em síntese, que a prática do crime resulta de um processo de aprendizagem, e não de uma herança biológica da qual o criminoso é portador.

De acordo com a perspectiva da associação diferencial, a motivação para a prática do delito e o conhecimento dos procedimentos para cometê-lo são apreendidos através de processos de comunicação ao redor do determinado grupo em que o agente integra. Neste raciocínio, quando os valores dominantes em tal grupo forem propícios ao cometimento da infração, estes exerceriam uma influência maior no indivíduo do que os estímulos opostos, o que levará o sujeito a uma inclinação a manter condutas ilícitas (SANTOS, 2001, p. 44).

A definição proposta por Sutherland de criminoso “do colarinho branco” envolve quatro elementos, quais sejam: (1) a conduta praticada pelo indivíduo deveria ser, de fato, um crime, ou seja, estar tipificada no ordenamento jurídico; (2) o agente deveria ser uma

pessoa respeitável, ou seja, aceita socialmente como alguém que aparenta honestidade; (3) o sujeito deve possuir uma elevada posição social, no sentido de deter, a partir de certo ponto, poder econômico e/ou poder político; e (4) o delito deve ser praticado no exercício das atribuições profissionais do indivíduo (ALBERGARIA, 1988, p. 170).

Este sistema pensado por Sutherland foi criticado por descrever e qualificar criminalmente determinadas condutas que já eram consideradas como simples contravenções e sujeitas a procedimentos e sanções administrativas. Em resposta à tais objeções, o autor escreveu um artigo em que mencionava casos de violação legal por parte das setenta corporações americanas mais importantes, as quais foram sancionadas com multas, indenizações punitivas e penas privativas de liberdade (ALBERGARIA, 1988, p. 171).

Neste mesmo estudo, Sutherland entendeu que grande parte das setenta companhias fora condenada por atos praticados por indivíduos em funções de confiança, como, por exemplo, fraudes praticadas por gerentes empossados no cargo por decisão de outros sócios ou acionistas; por tal razão, Hermann Mannheim (1991, p. 729) defende a adoção implícita, por Sutherland, de um quinto elemento aos já citados, qual seja (5) a violação de confiança objetiva atribuída ao agente.

Destes elementos elencados por Sutherland, o primeiro e o quarto não suscitam controvérsias significativas, afinal, concernente ao primeiro, a conduta de fato dever ser criminosa para ser classificada como um crime “de colarinho branco”, por mais que Sutherland pretendesse atribuir o caráter criminoso a certas infrações civis ou administrativas; já em relação ao quarto, é preciso, em verdade, que haja conexão com a função política ou administrativa exercida pelo agente, o que diferenciará dos delitos comuns, afinal, não se pretenderá classificar um homicídio passional praticado pelo presidente de uma companhia como crime “de colarinho branco”.

Em contrapartida, a vagueza do segundo e do terceiro elementos permitem críticas pela ambiguidade em que recaem. Em relação ao segundo, o significado de “respeitabilidade” se torna incerto ao considerarmos o seu caráter subjetivo; há a possibilidade de ser a ausência de antecedentes criminais gerais ou de ser a ausência de antecedentes dos crimes “de colarinho branco”; nestas hipóteses, há ainda o questionamento de que alguém com atributos de personalidade imorais, como um mentiroso compulsivo, poderia não ter nenhuma respeitabilidade e, ao mesmo tempo, não ter nenhum antecedente criminal.

No que tange ao terceiro elemento, é possível que a elevada posição social se confunda com aceitação social, o que seria errôneo já que é possível deter poder econômico e,

até político, sem ser aceito socialmente, como, por exemplo, se enquadram as grandes organizações criminosas destinadas à prática de delitos comuns, como tráfico de entorpecentes, que se utilizam dos delitos “de colarinho branco” para uma maior eficiência de sua atividade ilícita, como o crime de lavagem de capitais, sobre o qual se dissertará adiante.

Neste último elemento, cumpre observar que o poder econômico necessário para a configuração de um delito “de colarinho branco” pode ser detido pelo agente de maneira delegada ou temporária, bastando que o criminoso o tenha na medida e por um período razoável para cometer o ato ilícito; no caso, pode-se exemplificar com as fraudes ou furtos por pessoas de classe média, como funcionários de instituições financeiras de importância mediana que tem acesso a informações privilegiadas que os permitem delinquir.

Ainda tratando dos elementos de conceituação do crime “de colarinho branco”, Hermann Mannheim (1991, p. 727) critica a definição proposta por Sutherland, por este ter restrito a nova espécie de delinquência aos crimes praticados por sociedades empresárias ou dentro do ambiente desta, o que acaba por desprezar os criminosos “de colarinho branco” que, ainda que hipoteticamente raros, conduzem a atividade ilícita individualmente, no que se limita à sua vida privada; exemplificadamente, cabe citar, inclusive como parte integrante da realidade criminal brasileira, os crimes contra a ordem tributária, notadamente a sonegação fiscal do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF.

Chegado a este ponto, é necessário esclarecer que a mesma revolução técnico-científica informacional que tem caracterizado os últimos cem anos e fez surgir esta nova espécie de criminalidade, tem, semelhantemente, nas últimas décadas, massificado a prática dos crimes “de colarinho branco” de tal maneira que esta espécie de delito tem sido praticada também por empresas de pequeno porte e por funcionários de baixo escalão, deixando, assim de ser algo exclusivo da elite social.

Em verdade, há uma certa falha na definição originária de crime “de colarinho branco” por ter em conta apenas os comportamentos de poderosos no exercício de suas profissões, não incluindo, desta maneira, um conjunto de condutas materialmente idênticas, das quais se poderia indicar, exemplificativamente, o crime de se obter financiamento em instituição financeira por meio de fraude, delito este previsto no art. 19 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/86). Ora, nesta hipótese, incorreriam na prática do mesmo crime financeiro, executado, em tese, naturalmente pelo criminoso “de colarinho branco”, tanto o microempresário individual tanto como uma sociedade anônima de capital aberto.

Esta incoerência delineada teria razão na centralização do estudo da conduta criminosa “de colarinho branco” nas características inerentes aos seus agentes, tais como o poder e os privilégios que lhes seriam naturais, e na marginalização do estudo dos aspectos peculiares da conduta que, tipificada, constituiria esta espécie de infração penal.

Após o principal trabalho de Sutherland, originador da denominação que se popularizou em diversas culturas jurídicas, e as críticas que o seguiram, o conceito *white-collar crime* foi objeto de várias controvérsias e proposições de reformulação, dentre as quais se considera como a mais acertada, no bojo deste trabalho acadêmico, a formulada por Marshall B. Clinard e por Richard Quinney, na obra *Criminal Behavior Systems: a Typology* (SANTOS, 2001, 76).

Estes autores distinguiram os crimes cometidos por indivíduos no seu próprio interesse e no exercício de suas ocupações profissionais ou por empregados contra os seus empregadores como **(1)** crimes ocupacionais (*occupational crimes*); e os crimes praticados por funcionários de uma determinada organização no interesse desta como **(2)** crimes corporativos (*corporate crimes*). Estas duas categorias, divididas ao se levar em consideração quem são os beneficiados pela infração, os interesses lesados e os modos de execução, constituem a melhor definição para a espécie particular dos *white-collar crime*, pois abrange aspectos relativos à conduta em si, o que não se havia feito no sistema proposto por Sutherland, e é capaz de incluir de maneira genérica os diferentes agentes dessa nova modalidade de criminalidade.

É, justamente, para a correta identificação e repressão deste peculiar perfil de criminalidade e de criminosos que se empreendeu a medida de trabalho intelectual sintetizada nos parágrafos anteriores. Uma eficiente teorização sobre o assunto é indispensável para se alterar a falta de percepção e sensibilidade direta pela sociedade, e, por extensão, pelo legislador, que acaba por atenuar a devida repulsa por esta espécie de criminalidade, que é expressivamente mais danosa à própria sociedade e não é devidamente punida.

Atestando a necessidade de tal sensibilização, Luciano Feldens (2002, p. 154) já afirmou que a ausência de punições adequadas aos crimes “de colarinho branco”, quando não há uma completa falta de sancionamento, se deve à existência de uma seletividade que abranda as consequências jurídicas de tais delitos. Dentre os principais fatores que provocam tal fenômeno, está a insuficiência de uma legislação material e processual eficiente e na falta de uma vontade política dos poderes públicos para prevenir, controlar e castigar esta espécie de criminalidade.

A contemporaneidade, além de inovar a delinquência praticada em seus agentes e seus métodos, também o fez em relação aos bens jurídicos afetados; os crimes “de colarinho branco” ferem bens jurídicos difusos e coletivos, pulverizando seus prejuízos decorrentes por toda a sociedade e, inclusive, para além das fronteiras políticas tradicionais.

Esta vocação transnacional, outro aspecto dos *white-collar crime*, é uma nova face que se manifesta, ao menos, em uma das fases do *iter criminis*. Esta transnacionalidade garante ao criminoso “de colarinho branco” ainda mais agilidade na sua capacidade de burlar leis e as tradicionais organizações policiais, ou de persecução penal, de maneira geral, que permanecem com uma estrutura precária voltada apenas para a atuação interna, seja pela ausência de amparo legal e estrutural nacional ou pela deficiência numa cooperação internacional necessária para um combate mais eficaz aos crimes e criminosos internacionais.

Comentando o trabalho de Sutherland sobre os crimes “de colarinho branco”, Luciano Feldens (2002, p. 146) explica o caráter organizado de tal criminalidade, que decorre de uma “planificação que expande tentáculos sobre toda ordem de fatores a ela relacionados”. De acordo com Feldens (2002, p. 146), o criminoso “de colarinho branco”, para dar uma aparência de licitude à sua conduta criminosa, se utiliza de uma cadeia de estruturas que geralmente envolvem uma forte influência sobre a produção legislativa, desencadeada por poderosos *lobbies* atuantes junto aos governantes, e uma rede intrincada de operações financeiras e contábeis “perfeitas”, que consideradas isoladamente não evidenciam nenhuma ilicitude, mas que unidas em um mesmo propósito não deixam dúvidas quanto ao caráter infracional. Este processo, destinado a mascarar a natureza criminosa da conduta, é denominado por Feldens (2002, p. 147) de “mimetismo delituoso”.

Neste rol de crimes praticados, especialmente em caráter transfronteiriço, destaca-se o delito de lavagem de capitais, que se constituiu, inicialmente, em um crime de função acessória, destinado a acobertar o produto de um extenso número de outras atividades criminosas, inclusive outros delitos “de colarinho branco”. Esta inovação criminosa é um exemplo paradigmático em como se faz necessário compreender as características *sui generis* dos crimes “de colarinho branco” para que se possa elaborar os necessários métodos específicos para o seu combate. Nesse sentido já discorreram Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 296/297), como se lê abaixo:

[...] A constatação de que certas espécies de ilícitos, quer em razão de sua pulverização no tecido social, quer em decorrência do respectivo ‘modus operandi’, não se exauriam com a simples prática da conduta vedada, gerando um proveito econômico que não só recompensava o autor do ilícito, como realimentava o sistema, tornou necessário o redimensionamento dos mecanismos tradicionais de

coibição. O refinamento das organizações criminosas exigiu (que) fosse instituída uma segunda ordem de ilícitos, cujo objetivo primordial seria impedir a utilização, mansa e pacífica, do capital auferido com a prática de condutas ilícitas. [...]

É com esta percepção que foi tipificada no Brasil, pela Lei n. 9.613/98, com nova redação dada pela Lei n. 12.683/2012, a lavagem de ativos, cujo combate tem progredido na realidade brasileira e na internacional nas últimas décadas, como se demonstrará adiante.

2.2 A evolução histórica do combate à lavagem de ativos

A expressão “lavagem de dinheiro” foi, de certa forma, popularizada a nível internacional após a celebração da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ocorrida em Viena, em 20 de dezembro de 1988; referenciada apenas como Convenção de Viena, doravante. Esta conferência teve sua razão na preocupação dos Estados signatários com o tráfico internacional de drogas que permanecia em constante ascensão, a despeito dos esforços empreendidos para o seu combate pelos Estados subscreventes.

Na ocasião, apesar de o enfoque ser o comércio ilegal de substâncias psicotrópicas, tratou-se, também, sobre o controle dos influxos financeiros das organizações criminosas como uma maneira de privá-las do produto da atividade ilícita, considerando a ineficácia das instituições de persecução penal em coibir o próprio tráfico de drogas. Concernente ao aspecto deste controle de capitais, surgiu a proposição de criminalizar o processo de ocultação da origem do dinheiro proveniente deste comércio ilegal, o que, além de impedir seu aproveitamento pelas organizações criminosas, impede os danos colaterais à economia popular, como a concorrência desleal; sobre isto se dissertará no próximo tópico.

A despeito da popularização do termo “lavagem de dinheiro” apenas no final da Guerra Fria, a sua origem remonta à década de 1920 nos Estados Unidos da América – EUA. Com a edição da 18ª Emenda Constitucional norte-americana, que proibia a fabricação, venda e transporte de bebidas alcoólicas, o tráfico ilícito de bebidas despontou como uma atividade expressivamente lucrativa, tendo se desenvolvido várias organizações criminosas voltadas, principalmente, para este fim, das quais se destacava a que atuava na cidade de Chicago e era liderada pelo gângster Alphonse “Al” Capone (PASSOS, 2011, p. 68).

Uma das razões que explicam a ineficiência dos órgãos de persecução penal em obter evidências necessárias para acusar e condenar Capone, era a dificuldade em rastrear

a origem ilícita do dinheiro ostentado, que, por sua vez, era mascarada com a manutenção de comércios legalizados, especialmente no ramo de lavanderias, nas quais a receita era naturalmente composta por moedas e cédulas de baixo valor; destas operações utilizando o ramo de lavanderias teria surgido a expressão *money laundering*.

A expressão *money laundering*, ou lavagem de dinheiro, não é a única utilizada para se referir a tal delito; segundo a Exposição de Motivos n. 692/96, que acompanhou o projeto de lei que criminalizou a lavagem de dinheiro no Brasil, a expressão empregada na França para este delito é “*blanchiment d'argent*”; na Espanha, “*blanqueo de dinero*”; em Portugal, “branqueamento de dinheiro”; na Itália, “*riciclagio*”.

No caso brasileiro, a Exposição de Motivos esclarece que a opção pelo *nomen iuris* “crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores” se deu pelo fato do termo “lavagem de dinheiro” já estar consagrado no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laundering*) e em razão da possível e eventual sugestão de que o termo “branqueamento” sugeriria uma inferência racista do vocábulo, o que motivaria “...estéreis e inoportunas discussões”. Desta forma, as expressões usadas neste trabalho, tais como “lavagem de capitais”, “lavagem de ativos”, “branqueamento de dinheiro”, “reciclagem de capitais”; possuem o mesmo significado e são sinônimas da denominação original, “lavagem de dinheiro”.

Ainda que o mascaramento da origem irregular de numerário seja praticado desde a pirataria da Idade Moderna, que se utilizava dos mercadores dos portos (MENDRONI, 2015, p. 5-6), foi nos EUA da segunda metade do século XX que tal atividade chamou atenção pela constância abusiva, a ponto de se adotarem medidas para a sua repressão específica, como a edição do *Bank Secrecy Act*, de 1970 (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 66) que obrigava o registro dos depósitos bancários superiores a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares).

É nos EUA, igualmente, que Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 29-30) cita um caso como paradigmático na prática de lavagem de ativos, qual seja o das operações promovidas por Maier “Lansky” Suchowljansky. Lansky, utilizando-se de bancos suíços, lavou dinheiro para o crime organizado americano com uma das técnicas até hoje usadas para a ocultação de origem ilícita de recursos, chamada de “empréstimo frio”, ou *loan back*. Neste método, de acordo com o *Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors* (2009, p. 31), elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o dinheiro é depositado em várias contas bancárias em valores que não levantem suspeitas; posteriormente, os valores são transferidos para uma conta em banco estrangeiro da

empresa “a”, controlada pelos criminosos. Estes fundos então são “emprestados” para a empresa doméstica “b”, também sob o controle dos delinquentes, que disporão da quantia aparentemente legalizada que constará como empréstimo pagável à sociedade estrangeira, gerando, ainda, juros para os próprios criminosos.

Ainda que se considere os precedentes indicados, é a partir da penúltima década do século XX que a prática da lavagem de capitais ganha uma complexidade e uma sofisticação que a torna um delito praticado por quem, necessariamente, teve um preparo técnico para tal. Raúl Cervini (1998, p. 42-43) afirma que há um *telón de fondo* facilitando a operacionalização da lavagem de dinheiro, construído pelas características do mercado de capitais e das instituições bancárias internacionais, nas quais há uma "...*complejidad operativa que dificulta el esclarecimiento das dichas operaciones críticas*. [...]". O autor elenca, ainda, diversos fatores aos quais se liga a lavagem de capitais:

Globalización de las operaciones bancarias; dificultad de regular y controlar esas operaciones globalizadas; crecimiento acelerado del comercio mundial; crecimiento del intercambio entre euromonedas; advenimiento del ‘Euro’; generalización en el empleo de las transferencias vía electrónica.

Esta globalização forçou uma mudança no paradigma de combate ao crime organizado e à lavagem de ativos, que se tornaram dinâmicos e inovadores a tal ponto que os esforços unilaterais das nações se tornaram inexpressivos, revelando, assim, a necessidade de uma cooperação internacional para viabilizar investigações e persecuções exitosas, além do sequestro e do confisco do numerário fruto do crime, que não raramente é enviado para refúgio seguro em outro país que não o da prática do crime originário.

Por meio da Convenção de Viena de 1988, a comunidade internacional deu início ao debate e à análise político-criminal do delito de lavagem de dinheiro em escala global, agindo, assim, de maneira proporcional à escalada transfronteiriça em que o delito se encontrava, exigindo que os Estados legislassem uma normatividade que se coadunasse entre si, facilitando a investigação conjunta entre organizações policiais e a troca de informações entre os serviços de inteligência investigativa, gerando um sistema de prevenção e repressão que faça frente aos lavadores, cujas operações complexas e sofisticadas não são limitadas por barreiras geográficas e burlam com facilidade os mecanismos domésticos de vigilância financeira.

O mais proeminente mérito da Convenção de Viena foi a uniformização da instituição de normas incriminadoras da conduta de lavagem de capitais pelos signatários. O

compromisso dos Estados foi delimitado pelo art. 3º, §1º, alínea *b*, com a epígrafe “Infrações e Sanções”, do tratado multilateral resultante da Convenção, como se lê adiante:

Art. 3º – Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

I) a conversão ou a transferência de bens, com o conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso ‘a’ deste parágrafo, ou da prática de delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar qualquer pessoa que participe na prática do delito, ou delitos em questão para fugir das consequências jurídicas de seus atos;

II) a ocultação ou o encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso ‘a’ deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;

Segundo André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber (2014, p. 52-53), o verbo “converter” possui o sentido de transformar, transfigurar a origem ilícita do capital; já o verbo “transferir” refere-se à “...mudança, substituição da titularidade dos bens advindos das condutas antecedentes relacionadas na convenção.”.

Já em relação ao inciso II acima transcrito, Raúl Cervini (1998, p. 138) indica que *“En este caso, la ocultación o encubrimiento toman la forma de un delito autónomo y no de referencia subjetiva del tipo como em el caso anterior. Em el primero convierte o transfiere para encubrir. En estos oculta o encubre, pero no convierte, ni transfiere.”*.

Além da criminalização uniforme da lavagem de dinheiro, a Convenção também tratou do confisco penal de bens resultantes da operação de lavagem, quebra de sigilo bancário no curso da investigação criminal, a cooperação entre os países e o compartilhamento de informações privilegiadas de inteligência.

Apesar de ter sido um marco no combate à lavagem de capitais, a Convenção se limitou a ajustar a criminalização, por parte dos signatários, da lavagem dos recursos oriundos, especificamente, do tráfico de drogas, engessando o rol de crimes antecedentes. Segundo Thaís Bandeira Oliveira Passos (2011, p. 61), esta se constituiu como a “primeira geração” de leis antilavagem. A “segunda geração” da legislação incriminadora da lavagem de dinheiro tem origem na Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, ocorrida na cidade de Estrasburgo, em 1990, na qual se recomendou a ampliação do rol de crimes antecedentes; conferência esta doravante denominada apenas por Convenção de Estrasburgo. A lei que criminalizou a lavagem de dinheiro no Brasil, de n. 9.613/98, possuía um rol ampliado de crimes antecedentes, se enquadrando, a princípio, nesta segunda geração; a respeito da legislação brasileira antilavagem, se dissertará adiante.

Quase concomitantemente à Convenção de Viena, foi dado outro passo relevante na cooperação internacional para o combate à lavagem de capitais com a criação, na esfera da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, do *Financial Action Task Force on Money Laundering – FATF* (ou Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro – GAFI) em 1989. O GAFI consiste em uma organização intergovernamental cujo objetivo é a promoção de políticas internacionais de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, e pode ser considerado como o principal órgão no sistema internacional antilavagem.

Na pretensão de estabelecer medidas de prevenção e repressão da lavagem de ativos a nível global, o GAFI publicou, em 1990, quarenta recomendações que expressam os padrões internacionais a serem seguidos pelos membros do grupo. Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o GAFI expandiu sua atuação para tratar do financiamento de atos e organizações terroristas, publicando mais nove recomendações sobre este assunto específico.

Ainda que o Brasil seja membro efetivo do GAFI desde junho de 2000, tem permanecido em atraso quanto à implementação das citadas recomendações, valendo destacar que o cumprimento da primeira recomendação, de forma a abranger o maior conjunto de infrações possíveis, foi feito apenas com a edição da Lei n. 12.683/2012, que extinguiu o rol específico de delitos antecedentes da Lei n. 9.613/98 (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 57).

Vale mencionar a crítica feita por Renato Brasileiro (2014, p. 283-284) à completa supressão do rol de crimes antecedentes com o advento da Lei n. 12.683/2012. Segundo o autor, seria mais acertado se o legislador tivesse mantido um rol de crimes antecedentes de uma mínima gravidade, adotando o mesmo critério da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (denominada neste trabalho, a partir daqui, de Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015/2004, qual seja, a estipulação, no art. 6, parágrafo 2, item b, das infrações graves como os delitos antecedentes da lavagem, sendo que a mesma convenção define como infração grave, no art. 2, item b, todo o “[...] ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior, [...]”.

A legislação vigente permite que se enquadre na tipificação da Lei n. 9.613/98, a lavagem de capitais oriundos de uma contravenção penal cuja pena cominada, exatamente por ser de menor lesividade, é inferior à prevista para a própria lavagem de dinheiro, o que não se afiguraria como razoável, como defende Brasileiro (2014, p. 283-284).

Exemplificadamente, tem-se o caso comum da lavagem de verbas oriundas do “jogo do bicho”, previsto na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41).

A criminalização em si da lavagem de capitais se deu com atraso no ordenamento jurídico pátrio, considerando que o tratado da Convenção de Viena, ocorrida em 1988, foi promulgado pelo Decreto n. 154, de 28 de junho de 1991, enquanto que a tipificação efetiva da conduta ocorreu somente pela Lei n. 9.613, de 1º de março de 1998, que definiu lavagem de dinheiro como a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

A Lei n. 9.613/98, além de tipificar a lavagem de capitais e as condutas a ela equiparadas e tratar de aspectos processuais penais, cria mecanismos administrativos de controle, dentre os quais se destaca a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, no âmbito do Ministério da Fazenda, “... com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas...” na Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 14, *caput*, da Lei n. 9.613/98), podendo “... requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. [...]” (art. 14, §3º, da Lei n. 9.613/98).

Um dos principais méritos da Convenção de Viena foi esboçar as primeiras linhas de um sistema de inteligência financeira e cooperação intergovernamental voltado para o mapeamento de operações de lavagem; para tanto, foi prevista a criação de agências pelos Estados partes com a atribuição de investigar, prevenir e combater a lavagem de ativos, quais sejam as *Financial Intelligence Unit's* (Unidades de Inteligência Financeira, em tradução livre). No Brasil, o COAF foi criado como uma Unidade de Inteligência Financeira, sendo responsável por fiscalizar as atividades financeiras presumidamente criminosas, informadas pelas pessoas obrigadas pela Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, e encaminhar estas informações para as autoridades competentes.

O COAF, em cartilha disponibilizada em seu sítio eletrônico, define (2015, p. 3) lavagem de dinheiro como “...um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos.”; e divide, didaticamente, o processo de lavagem em três fases (2015, p. 4-5), quais sejam, a fase de (1) “colocação”, onde o numerário é inserido no mercado financeiro; (2) a fase de “ocultação”, na qual ocorre um distanciamento da origem ilícita pela dispersão do dinheiro no sistema econômico-financeiro, de tal maneira que se

torna virtualmente impossível identificar a qualidade de cada espécie; e, por último, há a (3) fase da “integração”, onde o capital já mascarado é aplicado em investimentos legalizados. A cartilha do COAF informa, ainda, que, apesar das fases serem independentes, elas, com frequência, ocorrem simultaneamente (2015, p. 4).

Ainda que não prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro, importa destacar a contribuição da Comissão de Estudos do Conselho da Justiça Federal – CJF (DE SANCTIS, 2008, p. 16-17) no aprimoramento da persecução penal do delito em questão. A Comissão elaborou, em 2002 e 2003, recomendações concretas para o aperfeiçoamento do combate à lavagem de ativos, das quais destaca-se a que originou a resolução n. 314/2003 do CJF, que criou as Varas Federais especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em Lavagem de Dinheiro. Posteriormente, pela Resolução n. 517/2006, foram incluídos nesta especialização os crimes praticados por organizações criminosas e foi dada a competência para que os Tribunais Regionais Federais, a seu critério, ampliem a competência das Varas especializadas, abarcando os crimes praticados por organizações criminosas, independente do caráter transnacional das infrações (DE SANCTIS, 2008, p. 19), adotando o conceito de crime organizado transnacional da Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, (o conceito de organização criminosa no Brasil somente veio a ser legalmente definido com a edição da Lei n. 12.850/2013), previsto no Artigo 2, ‘a’, do tratado multilateral resultante desta Convenção, qual seja:

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; [...]

Com esta especialização de varas federais para o processo e julgamento de crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem de dinheiro, surgiu a discussão sobre a inconstitucionalidade da medida pelo confronto com o princípio do juiz natural. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento (HC 85.060/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 12/02/2009; HC 88.660/CE, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em 15/05/2008) de que a questão do juiz natural deve ser examinada sob o ângulo da competência territorial, não se falando da criação de uma vara federal, mas sim de mera especialização que não a transformaria em competência em razão da matéria; além disto, tal especialização está inserida no exercício da função regulamentar e da regimental, não havendo, portanto,

derrogação do princípio da divisão dos poderes, estando inserido no poder de auto-organização dos Tribunais (BRASILEIRO, 2014, p. 366).

A citada comissão de estudos do CJF é considerada (DE SANCTIS, 2008, p. 17) como o embrião da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA, que consiste num plano de articulação e de atuação conjunta de órgãos públicos, estabelecido anualmente, que visa, principalmente, a harmonização das agendas dos órgãos de persecução penal e de controle administrativo.

Além da compatibilização das agendas, são propostas, nas reuniões dos órgãos públicos que compõe a ENCCLA, metas a serem cumpridas por entidades específicas em um prazo determinado, para um maior progresso na prevenção e repressão dos crimes contra a Administração Pública e de lavagem de ativos. Destas metas, destaca-se a Meta n. 14 da ENCCLA de 2005, que estabeleceu a obrigação, a ser cumprida pelo Gabinete de Gestão Integrada ao Combate à Lavagem de Dinheiro – GGI-LD, de elaboração de um projeto de lei instituindo uma ação civil pública que promova o perdimento de bens de origem ilícita. Este projeto de lei foi proposto em 15 de março de 2016 no Senado Federal pelo senador Randolfe Rodrigues (REDE – AP), tramitando como Projeto de Lei do Senado n. 107, de 2016.

Foi a ENCCLA, igualmente, a responsável pela elaboração do Projeto de Lei n. 3.443/2008, que, após aprovação, veio a ser a Lei n. 12.683/2012, que promoveu relevantes alterações na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (MORO, 2010, p. 25). Segundo Renato Brasileiro (2014, p. 280-281), a motivação política para a aprovação desta “reforma” na Lei n. 9.613/98 se originou da pressão que seguiu as críticas feitas à persecução penal brasileira dos crimes de lavagem pelo Relatório de Avaliação Mútua do Brasil, redigido pelo GAFI, o qual conclui (2010, p. 259) pela existência de consideráveis deficiências no combate à lavagem de dinheiro e pelo não cumprimento de várias recomendações desta entidade internacional, como se infere da leitura da observação do tópico “*Non compliant*” da tabela resumo “*Ratings of Compliance with FATF Recommendations*”, que afirmava que “*There are major shortcomings, with a large majority of the essential criteria not being met.*”.

Estas iniciativas brevemente mencionadas, nacionais e internacionais, contribuíram de maneira decisiva para o aperfeiçoamento da persecução penal do crime de lavagem de ativos, seja com recomendações doutrinárias ou práticas, como a que originou a alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro pela Lei n. 12.683/2012, que, dentre um conjunto de alterações, modificou a tratativa da utilização do produto de lavagem na atividade econômica ou financeira, sobre a qual se dissertará oportunamente; seja com estudos sobre a própria

razão de ser da criminalização da lavagem de capitais, na identificação de seu bem jurídico tutelado, sobre o que se tratará a seguir.

2.3 O bem jurídico tutelado na tipificação da lavagem de ativos

A individualização do bem jurídico tutelado pela criminalização da lavagem de ativos é de relevante importância, em função de ser a característica intrínseca principal da autonomia do delito, o que não permite a confusão com os crimes antecedentes; este estudo refletirá, ainda, em outras questões significativas, como a natureza do crime, a relação com o delito anterior (no caso de absolvição ou de descriminalização), a solução de situações nas quais haja dúvida sobre a incidência de *bis in idem* e a dosimetria da pena, por exemplo.

Preliminarmente à dissertação sobre a controvérsia existente na definição do bem jurídico tutelado pela tipificação da lavagem de dinheiro, cumpre explicar, ainda que brevemente, sobre o próprio conceito de bem jurídico tutelado e, antes disto, sobre a finalidade do direito penal, a qual norteará diretamente o rumo da dinâmica da legislação criminal, direcionando as propostas de reforma legislativa e a interpretação do sentido e da limitação das disposições legais.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 92) explicam, em síntese, que o direito é um instrumento de viabilização da existência humana; entendendo-se existência, no caso, como a relação de cada indivíduo com o seu próprio ser, ou seja, com sua autorrealização, que somente pode se perfazer com a realização em coexistência com os outros que também existem.

Portanto, o direito se justifica no asseguramento de existências simultâneas, impedindo a guerra de todos contra todos e a garantia da proteção de entes considerados como necessários para a concretização da coexistência. Estes entes são os bens jurídicos e a sua proteção constitui-se na segurança jurídica, como os referidos autores afirmam (2004, p. 92):

No nosso entender, o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito. [...] A função de segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência.

Importa observar que os bens jurídicos resguardados pelo direito penal devem ser relevantes para o convívio na sociedade e devem ser protegidos de maneira insuficiente por outros ramos do ordenamento jurídico; estas características decorrem do caráter limitado

do direito penal (TOLEDO, 2002, p. 17). Neste mesmo raciocínio, não se deve supor que essa proteção especial deva ser abrangente a todos os tipos de lesão possíveis, mas apenas àquelas que produzam um dano, real ou potencial, de determinada gravidade.

Como já asseverou, em relação aos limites do Direito Penal, Francisco de Assis Toledo (2002, p. 14), “[...] certas ações, que causem danos desprezíveis, mesmo potencialmente, ao bem jurídico tutelado, devem considerar-se desde logo, em uma concepção material do tipo, não abrangidas pelo tipo legal do crime (princípio da insignificância). [...]”. Por tal princípio, a tutela do direito penal se restringe a certas espécies e formas de lesão significativa a bens jurídicos, sejam reais ou potenciais.

Em relação à conceituação de bem jurídico, Toledo (2002, p. 16) adota a definição de bem jurídico como sendo um conjunto de “[...] valores ético-sociais, que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”; conceito este que não se considera como o mais acertado por adentrar sobremaneira na seara moral do regramento das condutas.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 96), no estudo sobre os bens jurídicos tutelados pelo direito penal, dividem a ética da moral ao delimitar a primeira como referente “[...] às normas de condutas constituídas pela sociedade.” e a segunda como referente “[...] às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, [...]”.

A imposição de sanções penais pelo Estado, segundo Claus Roxin (1986, p. 59-60), não deve ser provocada como uma censura moral a uma conduta, mas deve ser aplicada somente para repreender um fator perturbador da ordem pacífica, que seria garantida pela segurança de elementos denominados de bens jurídicos. Sobre a temática, este autor assevera (1986, p. 62):

E não podia ser de outro modo, uma vez que as condutas meramente contrárias à moral não ameaçam a segurança da sociedade e, por conseguinte, a pena não é necessária nem adequada para as combater, donde que, também para Liszt, devam ser excluídas dos bens jurídicos.

Em que pese a notável ausência de precisão no conceito de “bem jurídico”, este funciona como um padrão negativo que afasta da proteção penal os bens que não se enquadrem nos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 50), a qual é o modelo de organização político e social escolhido pela sociedade. A Carta Magna, ao dispor, em seu art. 1º, que a sociedade brasileira se constitui em um Estado

Democrático de Direito fundado no respeito à dignidade humana e no pluralismo, aponta que os bens jurídicos, sejam individuais ou coletivos, dignos da tutela penal são aqueles necessários para a preservação destes dois pilares na sociedade.

Além da já natural dificuldade em isolar claramente o bem jurídico tutelado por determinada lei penal qualquer, acrescenta-se ao caso do delito de lavagem de capitais a complexidade que lhe é inerente por ser um delito que envolve várias fases na sua consumação, que depende da prática antecedente de um crime ou conjunto de crimes e que provoca danos de ordem transindividual.

Em princípio, as primeiras indicações do bem jurídico tutelado pela criminalização da reciclagem de ativos foram extraídas dos textos de direito internacional. A Convenção de Viena, como se mencionou anteriormente, engessou o rol de crimes antecedentes, pretendendo tipificar apenas a lavagem proveniente do tráfico de drogas, facilitando, desta forma, a interpretação de que a reciclagem de ativos tutelaria o mesmo bem jurídico que o delito antecedente, que, no caso do tráfico de entorpecentes, é a saúde pública (BRASILEIRO, 2014, p. 288). Com o advento da segunda geração das normas antilavagem, e a ampliação do rol de crimes antecedentes, firmou-se a ideia de que a tutela normativa não se restringiria à saúde pública, mas abarcaria o respectivo bem jurídico protegido pela lei penal infringida com o crime anterior (DE SANCTIS, 2008, p. 30).

Este primeiro posicionamento sobre o bem jurídico tutelado apresenta sérias incoerências, dentre as quais se destaca a consequente caracterização de *bis in idem*, já que o mesmo bem jurídico tutelado pela lei sancionadora que pune o delito antecedente é o mesmo bem resguardado pela lei de lavagem, que acarreta uma nova punição, caso ambos os delitos tenham o mesmo autor; e a ilegitimidade de se pretender resguardar o bem jurídico de um ato futuro, na hipótese de que a razão da lei de lavagem seria a prevenção do uso do capital branqueado na reiteração da conduta criminosa.

Uma segunda proposta é a defesa da administração da Justiça, na medida em que a sua eficácia é obstaculizada pela conduta da lavagem, que dificulta ou impede o rastreamento do produto pecuniário da atividade ilícita e, por conseguinte, dificulta as investigações desta própria atividade e compromete o legítimo interesse do Estado em confiscar as vantagens obtidas; tal interesse seria o bem jurídico tutelado pela tipificação da lavagem de ativos. Nesse sentido entende Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 54-55), para o qual, apesar de existir uma pluriofensividade na reciclagem de capitais, predominantemente se busca a proteção da Administração da Justiça.

Deve-se observar, contudo, que este entendimento da proteção da administração da Justiça vincula a persecução da lavagem à persecução do crime antecedente; logo, caso haja, exemplificadamente, a extinção da punibilidade do crime antecedente, não haveria razão de se punir o branqueamento dos ativos, já que esta conduta não poderia ter lesionado a efetividade da administração da Justiça. Neste mesmo raciocínio, a lavagem seria impunível caso o crime antecedente fosse praticado no exterior, já que, como a Justiça brasileira não pode sancionar delitos ultrafronteiriços, não haveria, lesão à administração da Justiça.

A terceira tese é a de que o bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais é a ordem econômica e o sistema financeiro nacional, já que as operações utilizadas no processo de lavagem de dinheiro ofenderia a credibilidade das instituições e do mercado financeiro, além de comprometer a normal articulação da livre concorrência através das empresas financiadas pelas verbas ilícitas, que servem de instrumento para a operacionalização da reciclagem de capitais.

Neste sentido se posiciona William Terra de Oliveira (1998, p. 323), aduzindo que as organizações criminosas, para a ampliação de suas atividades delitivas e a consolidação de sua estrutura interna, participam da vida econômica em escala global, promovendo operações financeiras e constituindo entidades destinadas a receber os influxos de capitais, que, no processo de ocultação da origem dos recursos, participarão do comércio, indústria, fornecimento de serviços, dentre outras áreas da economia. E tendo isto em consideração, este autor afirma (1998, p. 323) que:

Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico e sua fisiologia natural, pois produz uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada. É criada uma competição desleal e um profundo desconhecimento da realidade de mercado, o que ao final irá produzir um nefasto efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a normalidade política que dela deriva.

É necessário observar, todavia, que William Terra de Oliveira (1998, p. 322) leva em consideração apenas a lavagem de proporções milionárias, operada por organizações criminosas transnacionais. Quando se considera a lavagem de, relativamente, pequenos valores, o dano à ordem econômica pode chegar à inexistência, como ressaltam Badaró e Bottini (2013, p. 60), utilizando o exemplo do indivíduo que, em uma primeira hipótese, adquire, com o dinheiro resultante de ato criminoso, um barco em seu próprio nome; e, em uma segunda hipótese, adquire o mesmo barco se utilizando de uma empresa “fantasma”.

No primeiro caso hipotético haveria apenas o exaurimento da conduta, enquanto no segundo aconteceria a ocultação da origem do dinheiro utilizado na compra, configurando assim a conduta de lavagem de capital; e nos dois casos, o barco foi comprado em condições idênticas, inclusive de maneira semelhante àquela em que fosse aplicado dinheiro lícito na transação, pelo que se infere a inexistência de lesão à ordem econômica. Neste caso, em verdade, haveria apenas o dano à administração da Justiça, que terá dificuldade para rastrear o destino do capital oriundo da atividade criminosa.

Diante do exposto, se conclui que a lavagem de ativos ofende mais de um interesse social e jurídico, sendo que a ordem econômica é atingida diretamente, enquanto a administração da Justiça o é indiretamente. Em defesa desta tese, De Sanctis (2008, p. 33) afirma que há uma pluriofensividade no tipo da lavagem de dinheiro, e que a ordem econômico-financeira é o bem jurídico tutelado de forma imediata, e a administração da Justiça é o bem jurídico protegido de forma mediata. Isto porque, simultaneamente à provocação de graves consequências para o sistema econômico-financeiro – como a concorrência desleal, a formação de capital especulativo e o abuso do poder econômico – a lavagem, como se aprende a partir do estudo da sua evolução histórica, de fato barrou a atuação dos órgãos de persecução penal, e não meramente dificultou, sendo, então, merecedora de sanção penal.

Este autor assevera, ainda, que não é necessário o dolo específico de turbar a economia, como, exemplificadamente, é o caso da denúncia caluniosa (art. 339, Código Penal), um crime contra a administração da Justiça, em que o agente pode ter tão exclusivamente a intenção de prejudicar o caluniado.

Se na criminalização da lavagem de ativos o viés primário é a proteção à ordem econômica, tomando um ponto de vista de inovação da política criminal é possível observar que essa nova estratégia de prevenção e repressão ao crime é especialmente eficaz em relação ao crime organizado, ao promover a sua asfixia econômica, privando-o do livre uso do produto de sua atividade e, conseqüentemente, dificultando as condições de autofinanciamento. Adicionando-se a isto o fato de que haverá uma probabilidade maior de ser identificada a origem criminosa dos recursos, tutelando, assim, a administração da Justiça. Sobre o combate indireto ao crime organizado, Guy Stessens (2000, p. 14) assevera:

Apart from its political and economic effects, the sheer amount of profits made by organised crime also accounts for the pressing need to launder these profits. The relatively small profits realised by traditional crime could in most cases easily be consumed or invested in the legal economy without attracting any attention from law enforcement, fiscal or other authorities. This is not possible any more with regard to

the enormous gains from organized crime. Without sophisticated money laundering operations, which give these gains an apparently legitimate origin, the amount of profits of organised crime would in itself be an indication of their illegal origin. As was stated by the former American Attorney-General Edwin A. Meese in 1985 in the House of Representatives: “Money laundering is the life blood of the drug syndicate and traditional organised crime.”

Ainda que seja notável a múltipla ofensividade da conduta de branqueamento de capitais, a sua tipificação está vocacionada a defender interesses metaindividuais, relativos à ordem econômica e financeira, que foram infligidos quando a lavagem de ativos cresceu a tal medida que ultrapassou, em definitivo, as fronteiras nacionais e os interesses individuais. Neste sentido, afirma William Terra de Oliveira (1998, p. 322):

Muito mais além de afetar as relações interpessoais e o patrimônio individual, a delinquência organizada e os processos de lavagem de dinheiro possuem objetivos e finalidades especiais, distanciados da criminalidade tradicional, desenvolvendo em grande escala e com espírito empresarial uma série de macroatuações, algumas de caráter supranacional, que acabam por influir de maneira importante no próprio sistema econômico.

Os criminosos “de colarinho branco”, cujo perfil já foi delineado, ocultam a origem de valores correspondentes, segundo a estimativa do *United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC* (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, em tradução livre), ao valor de 2% a 5% do Produto Interno Bruto mundial. É em razão da extensão desta ofensividade ao ordenamento jurídico que a lavagem de dinheiro foi criminalizada e que métodos inovadores de persecução penal tem sido desenvolvidos, como a construção jurisprudencial exposta no próximo capítulo.

3 CAUSALIDADE E CULPABILIDADE NO CRIME OMISSIVO

Tendo sido delineadas, nos parágrafos anteriores, as novas circunstâncias fáticas impostas ao legislador penal e aos operadores da persecução criminal, fica notável a carência da elaboração de medidas que sejam, nas apropriadas proporções, semelhantemente, inéditas. Para uma correta avaliação destas soluções, inclusive a que se defenderá no capítulo subsequente, é preciso avaliar determinados conceitos-chave, a fim de se ter um parâmetro seguro, destinado a balizar a projeção de um correto juízo.

Dentre as respostas inovadoras que os doutrinadores e a jurisprudência têm apresentado para a eficiente persecução da nova delinquência contemporânea, se encontra a *Willful Blindness Doctrine*, ou Doutrina da Cegueira Deliberada em tradução livre, sobre a qual se discorrerá adiante. Preliminarmente, todavia, se constitui forçoso abordar determinados conceitos da dogmática penal que permeiam tal doutrina, para que, assim, se possa entender com mais facilidade o seu cabimento no Direito Penal Brasileiro.

Já foi dissertado anteriormente que a razão do Direito Penal é a proteção de determinados bens jurídicos, seja de lesões ou ameaça de lesões. Esta superficial conceituação já pressupõe, logicamente, a existência de uma conduta, afinal, somente a conduta, quando materializada no plano fático, pode provocar um dano ou expor a perigo determinado bem jurídico. Por esta razão, como a mera vontade, considerada isoladamente, não tem o poder de provocar um dano ou expor a perigo determinado bem jurídico, esta não é punível, ainda que a autoridade responsável pela persecução criminal tome conhecimento de sua existência. Para que haja a aplicação de sanção penal, é preciso que o elemento volitivo seja seguido, no mínimo, do início da execução da conduta pretendida (BITENCOURT, 2012, p. 298).

Por esta mesma lógica, na medida em que o direito pretende regular a conduta humana, o delito, que é objeto do direito penal, não pode ser outra coisa além de uma conduta. Caso o delito fosse admitido como algo diferente, o direito penal pretenderia normatizar algo diferente da conduta e, logo, já não seria direito pelo rompimento da amplitude lógica desta ciência. Esta concepção é traduzida no princípio elementar do *nullum crimen sine conducta* (não há crime sem conduta, em tradução livre); caso esta garantia fosse posta de lado, dar-se-ia abertura para a punição do pensamento, da forma de ser, de características pessoais etc (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 389). Em relação a esta ideia, já afirmou Battaglini (1964, p. 170) que “Não há delito sem conduta. Elaboraria em erro quem visse como elemento material dos crimes omissivos o nada. Aqui também tal elemento é constituído pela maneira de se comportar, isto é, pelo não fazer aquilo que a espécie legal indica.”

Neste ponto, é preciso ressaltar que o conceito de conduta não é, e nem deve ser, criado pelo Direito Penal; antes, este deve ser originado do próprio ser da conduta, ou seja, de sua estrutura ontológica. Zaffaroni e Pierangeli explicam que o desvalor (sendo este uma característica atribuída à determinada conduta pelo Direito Penal) não pode alterar o objeto sob o qual exerce certo juízo de valor, caso contrário exerceria tal juízo sobre, na verdade, outro objeto. Na explicação destes doutrinadores (2004, p. 388):

O direito em geral – e o direito penal em particular – limita-se a agregar um desvalor jurídico a certas condutas, mas em nada muda o ôntico da conduta. Isto significa que o direito penal não pode criar um conceito de conduta, e sim deve respeitar o conceito ôntico-ontológico. Não há um conceito jurídico-penal de conduta humana: o suposto conceito jurídico-penal de conduta deve coincidir com o ôntico-ontológico, [...]

Desta maneira, se conclui que o conceito de conduta não se encontra vinculado à lei positiva, mas surge da essência preexistente, ontológica, apreendida do plano fenomênico dos fatos. Portanto, como a estrutura ontológica da conduta tem existência prévia a qualquer valoração ou regulação, o legislador deverá respeitar as bases lógico-materiais do objeto de sua regulação, por estar a elas vinculado; em caso contrário, o próprio objeto sujeito à valoração restará falseado e a própria valoração, em si, estará prejudicada (ROXIN, 1986, p. 94-95).

Prosseguindo com o raciocínio, cumpre observar que a ação e a omissão são modalidades naturalmente perceptíveis da conduta humana, não se devendo confundir ação, que é a espécie, com conduta, que é o gênero (BRANDÃO, 2007, p. 19). A ação, também referida como comissão, envolve uma atitude positiva, enquanto a omissão envolve uma atitude negativa; por conseguinte, os tipos ativos são os que descrevem a conduta proibida, enquanto os tipos omissivos descrevem a conduta devida, proibindo, assim, toda outra atitude que não coincida com a conduta devida. Segundo o ensino de Zaffaroni e de Pierangeli (2004, p. 399):

É final tanto a conduta que proíbe o tipo ativo como a que proíbe o tipo omissivo. A circunstância de que um selecione o proibido descrevendo-o e o outro o faça por comparação com uma descrição do devido em nada altera a estrutura ôntico-ontológica das condutas proibidas.

Desta forma, se extrai do ordenamento jurídico-penal as normas proibitivas, que correspondem aos delitos de ação, que são aqueles em que o agente faz o que estava proibido de fazer; e as preceptivas, que correspondem aos delitos de omissão, que são aqueles

em que o agente não faz o que podia e estava obrigado à fazer. Como afirma Claus Roxin (2002, p. 33-34), a indicação clara dos deveres fixados é apta a substituir a descrição da conduta proibida para satisfazer as exigências do postulado da estrita legalidade; desta forma, ainda que tipo preveja como criminoso o comportamento indiferente do autor, haverá uma equivalência aos crimes de ação no que se refere às exigências de determinação legal, em razão dos deveres do papel social exercido pelo agente estarem fixados de modo exato em regulamentos e estatutos, constituindo, assim, segundo Roxin, os delitos de dever.

Inserido nestas categorias, há, ainda, uma hipótese híbrida, na qual o agente, através de sua omissão (o não fazer), contraria, simultaneamente, uma norma proibitiva e outra preceptiva; esta espécie é a dos delitos comissivos por omissão, ou de omissão imprópria (TOLEDO, 2002, p. 116), sobre os quais se dissertará a seguir.

3.1 A omissão imprópria

Primeiramente, em relação aos crimes omissivos de maneira geral, é preciso explicitar que toda omissão penalmente relevante é decorrente, de maneira exclusiva, da tipificação legal, pois somente a lei pode determinar a obrigação, constituída como um dever de agir; logo, somente há crime omissivo quando, previamente, estiver positivada uma norma preceptiva. Miguel Reale Jr. (1998, p. 182) assevera, neste sentido, que a relevância penal da omissão não deve ser vista como uma matéria tão somente condizente com a causalidade, mas também com a tipificação da omissão. E, ainda, este crime omissivo somente será punível caso exista a possibilidade de ação; esta é um pressuposto indispensável do dever jurídico de agir (FRAGOSO, 1986, p. 238).

Isto porque a omissão criminosa não consiste na inatividade isolada ou na conduta diversa que o agente realiza quando se omite, mas sim em não fazer algo que, nas circunstâncias, era imposto ao agente pelo direito e que era possível submeter ao seu poder final de realização. É incoerente presumir que, de maneira natural, é possível conhecer a omissão criminosa pela simples observação do comportamento humano; somente ao conhecer a existência de um dever jurídico de agir, é possível saber se há omissão infracional na atividade diversa ou na inatividade. Na lição de Heleno Cláudio Fragoso (1986, p. 238):

O conceito de omissão é necessariamente normativo. No plano ontológico existem apenas ações. A omissão pressupõe a existência de norma que imponha a ação omitida; refere-se à ação ordenada e se situa em plano distinto ao desta. A omissão não consiste na conduta diversa que o agente realiza enquanto omite. A omissão

consiste na abstenção da atividade devida, ou seja, na não realização da conduta positiva que o agente tinha o dever jurídico e a possibilidade de realizar.

Os crimes omissivos próprios são aqueles consumados pela infração de uma norma mandamental, a qual determina a prática de uma conduta que não é realizada. Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 309) afirma que, nesta espécie de ilícito, a obrigação consiste em agir, e não em evitar o resultado. Por tal razão os delitos omissivos próprios são considerados como de mera conduta, ou seja, basta a abstenção para a consumação do delito, sendo desnecessária a concretização de qualquer resultado; responderá pelo resultado, inclusive, aquele quem lhe deu causa, que, na hipótese, não foi o omitente.

Neste esteio, Franz Von Liszt (2006, p. 212) assevera que a materialidade do delito omissivo não advém, rigorosamente, da omissão em si, mas sempre das forças naturais que exercem as suas atividades colateralmente à omissão; ou seja, propriamente falando, as forças naturais, para as quais não se opôs o indivíduo obrigado a agir, causaram o resultado, e não o autor da omissão.

Importa ressaltar que a modalidade omissiva própria não surge somente diante de uma situação de perigo ao bem jurídico tutelado. Pelo contrário, a lei estipula, em determinados crimes omissivos, a obrigação de certas atividades sem pressupor situação de perigo já existente e sem exigir a interrupção de processo causal já em curso (BATTAGLINI, 1964, p. 170). Exemplificadamente, quando um funcionário público pratica a modalidade omissiva do crime de prevaricação, deixando de praticar ato de ofício, pode o fazer sem a necessária existência de situação de perigo para a Administração Pública.

Em contrapartida, nos crimes omissivos impróprios, ou comissivos por omissão, o dever de agir se constitui em uma obrigação destinada a evitar o resultado, sendo, assim, um crime material, que se transgride pela abstenção da atividade devida e se consuma com a realização do resultado que se deveria evitar (FRAGOSO, 1986, p. 241).

Exige-se, portanto, além da positivação do dever de agir, a concretização de um resultado que deveria ser evitado pelo agente; se equiparando, nesta hipótese, a provocação do resultado pela ação deliberada com o seu não impedimento. Esta equivalência com a prática dos delitos de ação somente pode ser autorizada quando houver um delito de dever introduzido no tipo dos crimes de ação; caso em que, diante de uma crassa violação de deveres advindos de uma esfera preexistente de relações, não haveria a necessidade da sua transformação em crimes próprios pelo fato do tipo comissivo já as abranger (ROXIN, 2002, p. 37-38). Nisto está a causalidade dos crimes comissivos por omissão, que deve ser

compreendida com a consideração do elemento da condição de garantidor, o qual se analisará a seguir.

A norma peculiar dos delitos comissivos por omissão é, também, uma norma de dever, mandamental, mas que é dirigida a um grupo restrito de sujeitos, àqueles que possuem uma relação especial de proteção com o bem juridicamente tutelado pela mesma norma; constituindo, assim, um tipo da categoria *delicta propria*. Estes sujeitos, denominados de “garantidores”, para além da abstenção que é imposta a todos de maneira genérica, devem também agir para evitar que outros fatores causais possam lesionar ou expor a perigo os bens protegidos pela norma, ainda que isto signifique um risco à sua própria pessoa; exatamente por esta razão que o art. 24, §1º, do Código Penal Brasileiro prevê que “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.”. Nesta altura, é pertinente a observação de Francisco de Assis Toledo (2002, p. 118):

Note-se que a posição de garantidor ou de ‘garante’ é excepcional, atinge apenas quem por lei ou voluntariamente tenha assumido essa responsabilidade. Não se estende, pois, generalizadamente a todo e qualquer indivíduo que eventualmente esteja em condições de prestar auxílio ou socorro, como ocorre no crime omissivo próprio de omissão de socorro (art. 135).

Deve-se acrescentar que, por este dever de ação, não se deve entender o cumprimento de qualquer obrigação jurídica que tivesse evitado o resultado, e sim o específico dever prescrito pela disposição legal, o dever especial de garantia. É pertinente citar aqui, a título de ilustração, o exemplo apresentado por Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 516), no qual o devedor, cuja inadimplência causou, indiretamente, o suicídio do credor, não pode ser acusado de homicídio por omissão imprópria, porque, embora tivesse a obrigação jurídica de pagar, esta não se constituía como qualquer relação especial de garantia com relação à vida do credor.

Desta forma, a posição de garantidor é a situação de fato que se relaciona com o agente, sendo pois característica de autoria, ou seja, o autor do crime omissivo impróprio somente pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, sendo o garantidor da não superveniência da sua lesão ou da sua exposição a perigo. Esta espécie de delito, portanto, trata-se de crime próprio; ainda que, como já se discorreu, o omitente não causa o resultado, propriamente falando, mas responde por ele por não haver realizado a ação devida para evitá-lo. Em razão disto, percebeu-se que a imputação do resultado na omissão imprópria não poderia ficar apenas no plano causal, mas deveria ser realizada no âmbito normativo (PELLIN, 2013, p. 273).

A figura dos garantidores, criada, inicialmente, como doutrinária-jurisprudencial (FRAGOSO, 1986, p. 242), não se encontrava na primeira redação do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro – CPB). Somente com a Reforma de 1984 do CPB, ao tratar da relação de causalidade, regulou expressamente as hipóteses em que, por uma determinação do dever de agir, o agente assume a condição de garantidor. Tais hipóteses se encontram no art. 13, §2º, do Código Penal, como se lê abaixo:

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º – 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;

A redação do parágrafo transcrito é um tanto atécnica, por dar a falsa impressão que, nos crimes omissivos próprios, a omissão não é “penalmente relevante”. Em suas três alíneas estão previstas as hipóteses em que poderá se identificar a posição de garante. No caso da alínea “a” do parágrafo segundo, a condição de garante surge da vinculação pela lei, seja esta penal ou extrapenal, de determinados sujeitos à obrigação de garantir a preservação de bens jurídicos de outros indivíduos; importa insistir que tal dever jurídico de proteção pode advir de qualquer espécie legal e que a posição de garante não precisa, necessariamente, ser explicitada pela norma, como no caso da obrigação constitucional imposta pelo art. 229 da Constituição Federal, que expressa o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. Isto posto, é conveniente acrescentar aqui a afirmação de Francisco de Assis Toledo (2002, p. 117) de "...que o dever de evitar o resultado é sempre um dever derivado da norma jurídica. Deveres puramente religiosos, morais ou da ética individual não entram em consideração."

Esta regra não se aplicará ao dever de agir oriundo de norma infralegal, privilegiando, desta maneira, o princípio da legalidade. Em caso contrário, Cláudio Brandão (2007, p. 35) afirma que se estaria utilizando uma analogia *in malam partem*, a qual é absolutamente proscribida no ordenamento jurídico-penal brasileiro, independentemente do sentido que a ela for dado, ainda que, eventualmente, se admita a analogia *in bonam partem*. Isto porque, em homenagem ao princípio da legalidade, somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência punitiva e ressocializadora, sendo vedado, portanto, ao juiz “completar” as hipóteses legais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 169).

É necessário acrescentar que há também um dever legal por parte daquelas pessoas que exercem determinadas atividades especiais, nas quais a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância ao bem alheio é implícita ao próprio exercício da função, por esta ter sido criada exclusivamente para o resguardo do determinado bem jurídico; exemplificando, tem-se a função de médico, policial, bombeiro etc (BITENCOURT, 2012, p. 311).

A alínea “b” do parágrafo segundo, estabelece que a imposição legal de impedimento do resultado não precisa decorrer, necessariamente, de maneira direta da lei, podendo advir de um compromisso voluntário desta responsabilidade; por não definir o modo como esse compromisso voluntário é dado, depreende-se que este pode ser dado de várias formas, sendo a mais comum aquela que se presta através de um contrato.

Como o contrato, todavia, não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidades, não se deve restringir a hipótese da alínea “b” às obrigações de índole puramente contratual, sob pena de permitir o transplante, da seara cível para a penal, de (infundáveis) discussões sobre questões prejudiciais em torno da validade ou da eficácia do contrato gerador da obrigação, que pertencem, eminente e naturalmente, ao campo do direito privado.

Francisco de Assis Toledo (2002, p. 117-118) escreve que a posição de garante pode surgir, voluntariamente, em uma possibilidade, de promessas, campanhas publicitárias e congêneres que captem a confiança dos indivíduos e os induzam a ingressar em situações nas quais um bem jurídico poderá estar em risco; neste caso, o garantidor, ao captar a confiança dos sujeitos, assume com estes, seja a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo ao bem jurídico ou a exposição do bem jurídico a perigo.

Em suma, o que é necessário é que o agente tenha se colocado, voluntariamente, independente das circunstâncias envolvidas, na condição de garantidor do bem jurídico tutelado, assumindo este compromisso por qualquer meio. Não é necessário, deve-se acrescentar, que essa posição seja definitiva, podendo se estender por um determinado período de tempo e ser brevemente transitória, podendo existir no intervalo de algumas horas, por exemplo. Sobre este assunto, cabe destacar o que Heleno Fragoso (1986, p. 243) afirmou:

O dever de garantidor não se confunde com o dever contratual, sendo indiferentes às limitações que surjam do contrato, inclusive à validade jurídica deste. É indispensável e suficiente que o agente tenha assumido a posição de fato de garantidor, mesmo que a isso não o obrigue o contrato.

Cumpra ressaltar neste ponto que, dependendo de determinados aspectos do meio e da capacitação do agente garantidor na ocasião, em uma mesma circunstância haverá a violação do dever de garante por parte de um indivíduo e, por parte de outro, não. Isto porque, segundo Günther Jakobs (2007, p. 47), o direito penal deve levar em consideração a função desempenhada pelo indivíduo no grupo social, pois, a partir dessa função, verificar-se-á o rol de atribuições que lhes são dadas e, conseqüentemente, os riscos juridicamente proibidos que sua conduta pode criar. É certo que o desenvolvimento teórico de Jakobs não foi destinado a fundamentar o dever de garantidor, no entanto, tais ideias se mostram adequadas ao tratamento daqueles que, de alguma forma, assumem a responsabilidade de evitar o resultado. Dentro do raciocínio deste parágrafo, o referido autor escreve (2007, p. 49):

Em consequência, pode suceder que, dependendo do contexto respectivo, rejam condições muito diversas a respeito de uma permissão de risco; por exemplo, num contexto profissional, ditas condições serão elevadas, enquanto que num contexto mais leigo, menos profissional, essas condições serão mais limitadas. Nesse sentido, por exemplo, a mãe que veda com um pedaço de tecido um pequeno ferimento na perna de seu filho, atua ainda dentro do risco permitido, enquanto que o médico já estaria plenamente dentro do âmbito do não-permitido por causa da falta de assepsia.

Por fim, a terceira hipótese prevista pelo Código Penal, positivada na alínea “c”, refere-se à criação ou ampliação do risco de resultado pela conduta comissiva do agente; entendendo-se o resultado como a lesão ao bem juridicamente tutelado. Nesta hipótese, o dever jurídico de atuar para impedir o resultado danoso é atribuído a quem deu início ao processo causal, ou o agravou, que pode provocar o referido resultado. A ação precedente, iniciadora do processo causal, pode ser ilícita ou não, dolosa ou não, punível ou não; sua qualificação jurídica é irrelevante para a atribuição da condição de garante.

Brandão (2007, p. 36) enumera, resumidamente, três requisitos para a configuração desta hipótese, dos quais se destacam dois: (1) deve haver a criação de um perigo adequado e idôneo para a produção do resultado, e (3) não sobrevir com a conduta o dano de imediato, caso contrário seria um crime comissivo; ressalta-se que o perigo criado deve ser apto a provocar um dano ao bem jurídico, para que haja a relação de causalidade.

Como já se delineou brevemente, não há causalidade alguma na omissão, já que a simples omissão, como abstenção da atividade devida, nada pode causar. Apesar de a possibilidade de se afirmar que todo fenômeno depende de condições positivas ou negativas para a sua realização, não se pode atribuir à categoria de causa a inocorrência de condições impeditivas; isto porque a ausência de condições que interfiram no acontecimento não pode

estar entre os fatores causadores do evento, precisamente porque as hipotéticas condições são inexistentes.

Disto se infere, como afirma Heleno Cláudio Fragoso (1961, p. 45-46), que a omissão não é causal com respeito ao resultado, pelo que a causalidade da omissão é entendida como uma causalidade jurídica, ao se equiparar, pela lei, o não impedimento do resultado com a causação do mesmo, ainda que este impedimento não seja, a rigor, causal e que o comportamento omissivo não esteja expressamente descrito na norma positivada. Em consequência desta equiparação, tem-se, segundo este doutrinador (1961, p. 46), que:

A questão é, assim, deslocada para a antijuridicidade, de modo que a punibilidade dos crimes omissivos impróprios (únicos em que a questão da causalidade se apresenta) depende de dois pressupostos: o dever de atuar e que tal atuação evitasse o resultado. Antes, porém, cumpre indagar se o agente tinha a possibilidade de realizar a ação exigida e se tinha possibilidade de influir no resultado.

O liame causal da omissão imprópria está, portanto, nesta possibilidade, ou probabilidade em termos mais acurados, de que a ação omitida teria evitado o resultado. A causa do resultado lesivo, decorrente da equiparação explanada, não é simplesmente a omissão, mas sim a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Para se chegar a tal conclusão é forçoso o uso de um juízo hipotético que chegue à conclusão que a ação esperada, possível e devida, com segurança, teria impedido o resultado (FRAGOSO, 1986, p. 245-246).

Assim, a dúvida não basta para afirmar a causalidade do delito omissivo impróprio, devendo haver uma probabilidade que beire à certeza na aferição do fato, sendo apta a indicar que a ação omitida não poderia ser acrescentada sem que o resultado desapareça. Nesse sentido, Roxin (1984, p. 238), esclarece que a imputação nos crimes omissivos impróprios pressupõe a existência de um nexos entre a violação do dever e o resultado, isto é, se o resultado se tivesse produzido mesmo com uma conduta conforme ao dever, faltaria o nexos necessário para fundamentar a responsabilidade.

Em síntese, os pressupostos de fato que configuram a posição de garantidor são (1) a origem do dever de agir para evitar o resultado pela ocorrência da situação de fato ou a existência de norma legal; (2) a abstenção da atividade imposta pela norma legal; e (3) a superveniência do resultado típico em virtude da omissão. Para que a conduta omissiva seja punível, ainda, além destes elementos do tipo, é preciso que haja a consciência da responsabilidade de garantidor. O desconhecimento, porém, sobre o próprio dever legal de impedir o resultado é irrelevante, tendo em vista que a ignorância quanto à lei é inescusável. A

respeito desta questão de consciência, do elemento subjetivo da omissão imprópria, se dissertará a seguir.

3.2 Dolo eventual nos crimes omissivos

A responsabilização penal somente pode se perfazer, em um Estado Democrático de Direito, caso haja a intencionalidade na prática do delito, que pode assumir a forma de dolo ou de culpa, dependendo da intenção abranger a conduta e o resultado, no primeiro caso, ou somente a conduta e não o resultado, que embora seja previsível, não era querido e nem previsto, como no segundo caso. Neste sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 450) disserta:

Se pretendermos utilizar esta terminologia, devemos dizer que a responsabilidade penal decorre de culpa quando a intenção é apenas causa eficiente da ação, que, por sua vez, é causa eficiente do resultado; no dolo, por sua vez, o resultado é também causa final da ação. Consequentemente, enquanto no primeiro caso somente é possível uma explicação causal do nexó entre ação e resultado, no segundo é possível, também, uma explicação teleológica, no sentido de que a idéia da causa final opera como causa eficiente.

Nesta lógica, tem-se que conduta tida como criminosa somente pode ser plenamente apreendida e qualificada com a avaliação da vontade que a conduz e a anima; por tal razão, Hans Welzel (2001, p. 68) afirma que o dolo é elemento constitutivo do tipo, sem o qual não se pode constatar a tipicidade do acontecer externo. Neste ponto, vale citar as assertivas de Claus Roxin (2002, p. 43):

Assim, por ex., o posicionamento do dolo no tipo decorre já da exigência garantística da determinação: ações e violações de dever não se deixam descrever como um mero acontecer causal. Somente o dolo dá limites claros de um fato. Se ele for perdido de vista, como o fez o chamado sistema ‘clássico’ sob a influência ainda hoje presente do naturalismo, gerar-se-ão extensões problemáticas de punibilidade.

Quando se trata do ordenamento jurídico-penal brasileiro, é preciso partir da delimitação de dolo dada pelo próprio CPB, o qual normatiza, em seu art. 18, I, que o crime é classificado como doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”; ou seja, quando agiu com consciência e vontade na realização da conduta típica. O Código, logo em seguida, expressa, no parágrafo único do art. 18, a integração do dolo no tipo ao dispor que, salvo nos casos definidos em lei, somente haverá sancionamento penal pela prática de crimes dolosos. Desta forma, o resultado é, antes de tudo, imputável quando o ato é

doloso, ou seja, quando o agente pratica prevendo tal resultado, nisto está a representação do ato voluntário como causa (LISZT, 2006, p. 270).

A avaliação correta de uma conduta criminosa, em relação à sua definição como tentativa de um tipo ou como consumação culposa de outro tipo, somente pode ser feita com a análise do dolo que envolve a conduta. Como afirma e exemplifica Hans Welzel (2001, p. 68):

Como poderia depender de que o disparo acerte ou não o alvo o fato de o dolo ser um elemento do injusto ou da culpabilidade? A correção dessa conclusão pode ser demonstrada de modo imediato nos tipos dos delitos consumados: se alguém fere mortalmente outro, depende exclusivamente da existência e do conteúdo do dolo que tenha ele realizado o tipo do homicídio doloso, o das lesões corporais seguidas de morte ou o do homicídio culposo. O dolo se apresenta aqui necessariamente como um elemento constitutivo do tipo. Em ambos os casos chega-se, pois, à conclusão de que o dolo não é apenas um elemento da culpabilidade, mas sim um elemento constitutivo do tipo.

De maneira resumida, o dolo envolve um elemento intelectual, consistente no conhecimento atual da conjuntura na qual o fato típico está inserido, sendo, assim, inadmitido o dolo subsequente, já que o dolo deve dominar a ação intentada e existir no instante em que ela é empreendida (FRAGOSO, 1986, p. 176); este conhecimento de que a conduta a ser praticada resultará na finalidade almejada, é a representação da causalidade do crime. Há ainda um elemento volitivo no dolo, consistente na vontade de realização da conduta típica; este “querer realizar” o fato típico deve ser incondicionado, ou seja, deve constituir uma decisão de ação já definida, e deve ser capaz de alterar a realidade (SANTOS, 2002, p. 62-63). Há autores que identificam o elemento volitivo com o desejo do autor na consecução do resultado, como o faz Francesco Carnelutti (2007, p. 286-287), como se lê:

Es, por tanto, el deseo, y no la previsión, la aguja de la brújula que orienta al intérprete em la indagación del dolo; sin el deseo, la previsión no sirve para nada, porque se puede producir, como la misma ley reconoce, un evento previsto sin haberlo querido cuando, al contrario, habiendo deseo, no es posible que el evento producido no haya sido previsto.

É de suma importância, todavia, diferenciar aqui o dolo do mero desejo; este apenas supõe a representação de mudanças futuras, mas não a representação da relação causal entre a ação presentemente empreendida e tais mudanças. No desejo, não se concebe ato próprio como uma circunstância que se acrescenta as condições dadas, e conseqüentemente como causa, mas supõe-se que tais condições possam eventualmente ocorrer (LISZT, 2006, p. 272). A finalidade, semelhantemente, é diferente do dolo, já que a finalidade, como um

conceito pré-jurídico (PRADO, 2013, p. 406-407), aponta para o fato da conduta ser um acontecimento dirigido; enquanto o dolo, por sua vez, é um conceito jurídico que indica que a direção da conduta se orienta à realização de um delito.

O dolo na prática de um delito pode se configurar de diferentes formas, sendo o dolo direto aquele em que há a pretensão de realizar a ação provocadora do resultado típico, que pode ser certo ou possível, desde que o autor atribua uma chance mínima de produzi-lo. Santos (2002, p. 67-68) classifica este como dolo direto de primeiro grau, e afirma a existência do dolo direto de segundo grau, que é o relacionado à provocação dos efeitos secundários, que são reconhecidos como certos ou necessários, ou seja, o autor prevê o resultado, que não é a motivação imediata de seu ato.

Quando o agente, com a prática do crime, dá causa a outras consequências que não previra, mas que resultaram do fato, e que talvez devessem facilmente dele resultar, identifica-se o dolo indireto (LISZT, 2006, p. 276). A hipótese de um dolo indireto, com as disposições do art. 18 do CPB, foi rejeitada pela ordem jurídica brasileira.

Há, ainda, o dolo eventual, configurado quando o agente assume o risco de produzir o resultado, ou seja, quando há a previsão fundamentada do resultado como provável ou possível e se aceita ou consente com a sua superveniência. Neste caso, a vontade do autor se faz presente, ainda que seja de uma forma mais atenuada, por haver um conhecimento da probabilidade de que a conduta praticada seja causa de um resultado lesivo e não uma certeza da realização do tipo, e por este não ser, também, o fim perseguido pelo autor (PRADO, 2013, p. 410). Deve-se ressaltar que o dolo eventual não se confunde com a mera esperança ou simples desejo que determinado resultado ocorra; como já firmou Néelson Hungria (1958, p. 122): “Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer.”.

Por tal razão, a mera ciência da probabilidade, todavia, é insuficiente para a configuração do dolo eventual, sendo necessária a anuência com o resultado como relação de vontade entre este e o agente, sendo certo que consentir com o resultado é uma forma de querê-lo. É com esta lógica que a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 delinea a equiparação do dolo direto com a modalidade eventual, ao afirmar que (BRASIL, 1975, p. 19) “O dolo eventual é, assim, plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento vale tanto quanto querê-lo: ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica ‘ex ante’, presta anuência ao seu advento”.

Nisto está a diferença entre dolo eventual e a culpa consciente. Ao se avaliar o complexo motivante das condutas, constata-se que, na culpa consciente, é decisiva para o

empreendimento da conduta a leviana e temerária esperança de que o resultado lesivo não sobreviria; já no dolo eventual, a previsão da ocorrência de um resultado não foi um contramotivo influente o bastante para a vontade atuante do agente, que, com sua indiferença, consentiu na superveniência do evento lesivo (HUNGRIA, 1958, p. 129-130). Neste esteio, vale acrescentar que os elementos do dolo eventual, a representação do resultado como possível e a anuência com a sua superveniência, são dados íntimos da psicologia do sujeito, que não podem ser apreendidos diretamente, mas somente deduzidos das circunstâncias do fato (BRUNO, 1984, p. 76).

Ao contrário do que ocorre no dolo direto, no eventual a vontade não se dirige propriamente ao resultado, mas apenas ao ato inicial, o qual o agente prefere praticar, ainda que se saiba da probabilidade da ocorrência do fato punível. Aníbal Bruno (1984, p. 73-74) afirma, sobre este assunto, que a conduta não precisa ser necessariamente ilícita, e que esta só adentra no domínio da ilicitude com a ocorrência do resultado punível; da mesma forma, o fim almejado com a conduta não precisa ser necessariamente ilícito, importando apenas o resultado efetivamente causado pela conduta.

Já tendo avaliado a influência do dolo na responsabilização penal, é preciso avaliá-lo na modalidade omissiva. Nos crimes omissivos, o dolo necessário para a punibilidade do delito corresponde à vontade de omitir a ação devida com a consciência do poder de agir; particularmente à modalidade comissiva por omissão; é necessário, ainda, o desejo de atingir determinado resultado com a omissão e a consciência da existência de circunstâncias que fundamentam a posição de garantidor.

Em que pese a inexistência, propriamente falando, da causação do resultado pela omissão, sobre o que se dissertou acima, o dolo nos delitos de omissão imprópria é aferido de maneira similar ao dolo dos tipos comissivos. A finalidade necessária para a caracterização do dolo nos crimes comissivos por omissão é expressa no desejo da concretização de um resultado que não depende da criação de um processo causal para a sua consecução; ao se manter inerte ou exercendo qualquer outra atividade paralela, sabendo que a simples manutenção dos fatores causais em andamento produzirá o resultado lesivo almejado, o indivíduo agirá com a intenção de ver realizado o seu propósito lesivo. Tendo, ainda, o conhecimento de que a possibilidade de se evitar o dano é factível, e a consciência do dever legal de agir para evitar um resultado lesivo (já que ninguém se escusa do cumprimento da lei alegando seu desconhecimento), haverá então um perfeito domínio causal em razão da efetiva previsão da causalidade.

Desta maneira, ainda que não haja nexo de causalidade entre a atividade alternativa que o garantidor estava exercendo e o resultado danoso, este liame existirá na escolha do agente em deixar que o processo causal já em curso produza a finalidade que almeja. Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 518):

O dolo não se estrutura sobre uma causação, mas é finalidade típica no sentido de que dirige a causalidade, tendo como base uma previsão da mesma. O que é fundamental para o dolo é a previsão da causalidade, que na omissão existe da mesma maneira que na tipicidade ativa.

A diferença do dolo na conduta ativa e deste na omissão imprópria é a substituição da vontade de realização pela consciência do risco iminente ao bem jurídico e da possibilidade de agir para impedir o resultado. Tanto é que a vontade de realização não é natural à definição de omissão punível, já que também se omite aquele que esquece de realizar uma ação quando podia fazê-la (PRADO, 2013, p. 355).

Em síntese, para a constatação do dolo nos crimes omissivos impróprios, é preciso, por força do conceito de dolo no ordenamento jurídico-penal brasileiro (art. 18, I, do CPB), do (1) do elemento volitivo, ou seja, da vontade livre da não realização da ação; (2) do consentimento na concretização do resultado lesivo ao bem jurídico; e (3) do elemento intelectual, consistente no conhecimento (3.1) da situação de risco na qual se encontra o bem jurídico, (3.2) da capacidade e possibilidade de agir e (3.3) da posição de garante relativa ao bem juridicamente tutelado (SANTOS, 2002, p. 143-144).

3.3 A Teoria da *Willful Blindness* ou Cegueira Deliberada

Feita a qualificação dos crimes omissivos, especialmente da espécie dos comissivos por omissão, e de como se identifica o dolo eventual nestes, será possível uma melhor análise do cabimento da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico-penal brasileiro e, como se tratará adiante, de sua aplicabilidade aos agentes financeiros por estes ostentarem a condição de garante do sistema econômico-financeiro nacional. Para tal, é preciso analisar tal doutrina e a sua proposta de cabimento, como se passa a fazer.

Aplicada originariamente nas cortes inglesas, a doutrina da *willful blindness* (cegueira deliberada, em tradução livre), ou da *conscious avoidance* (evitação da consciência, em tradução livre), ou, ainda, das *ostrich instructions* (instruções da avestruz, em tradução livre), pretende responsabilizar criminalmente aquele que se esquiva de tomar conhecimento de determinados fatos relevantes, criando obstáculos ou não, que sabidamente indicam a

provável ocorrência de alguma atividade delituosa, para auferir alguma vantagem, seja participando ou não das infrações penais em curso, e, ainda, evitar uma eventual condenação penal pela sua ausência de conhecimento e, por conseguinte, de dolo.

A primeira vez que se equiparou, no plano judiciário, o conhecimento e a cegueira deliberada foi em 1861, no contexto da *common law* britânica, em sede recursal do caso *Regina vs. Sleep*, no qual se revisava a condenação do Sr. *Sleep*, que fora acusado de um crime equivalente à gestão temerária, infração esta que, no caso, requeria o conhecimento, por parte do gestor, de que se trata de bens de propriedade estatal. Condenado em primeiro grau, *Sleep* recorreu alegando não ter consciência de que se tratava de bem estatal; o juiz competente o absolveu sustentando que “...*the jury have not found, either that the man knew that the stores were marked [as government property], or that he willfully abstained from acquiring that knowledge. [...]*”. A partir deste entendimento pode-se concluir que, caso restasse comprovada a intenção do indivíduo de deliberadamente abster-se do conhecimento, mereceria ele uma resposta punitiva semelhante à dada em caso de conhecimento certo (ROBBINS, 1990, p. 196).

O *leading case* no direito norte-americano para a aplicação da *willful blindness*, segundo Ira P. Robbins (1990, p. 203) foi o caso *United States v. Jewell*, no qual o Sr. Charles Jewell foi condenado em primeira instância por tráfico internacional de drogas, delito consumado quando Jewell cruzou a fronteira entre o México e os Estados Unidos transportando cento e dez libras de maconha em um compartimento secreto no porta-malas de seu veículo. Jewell alegou que não tinha conhecimento de trazer consigo entorpecentes, tão somente suspeitava, e haviam evidências circunstanciais para tal, tratar-se de algo ilícito.

Tendo apelado para a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, Jewell teve a sua sentença condenatória confirmada no ano de 1976; no julgamento houve divergência por parte do juiz Anthony Kennedy, que defendeu a reversão da sentença de primeiro grau já que a ignorância deliberada seria uma alternativa ao conhecimento positivo, e não uma segunda definição, sendo inaplicável quando a lei exigir o conhecimento positivo (ROBBINS, 1990, p. 206). A corte federal de apelações, a despeito da discordância do magistrado Kennedy, justificou a equiparação da ignorância deliberada com o conhecimento sob três fundamentos, apontados por Robbins (1990, p. 204-205):

First, the court suggested that the doctrine was already established in American law. Second, the court stated that “the substantive justification for the rule is that deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable” and concluded that, were deliberate ignorance available as a defense, “it cannot be doubted that those who traffic in drugs would make the most of it.” Finally, the court found that

“the textual justification is that in common understanding one 'knows' facts of which he is less than absolutely certain.” The court distinguished positive knowledge and deliberate ignorance, however, cautioning that “it is no answer to say that in such cases the fact finder may infer positive knowledge.” Yet, the court held that knowledge includes both deliberate ignorance and positive knowledge.

Marco bastante relevante para a difusão da Doutrina da *Willful Blindness* é também o *Model Penal Code*, proposto em 1962 pelo *American Law Institute* como modelo de legislação penal. Não se trata, ressalte-se, de lei penal diretamente aplicável, mas, no âmbito da *Common Law*, se atribui a ele autêntico vigor normativo, já que vários de seus preceitos são invocados como pauta interpretativa do Direito vigente por tribunais, inclusive a Suprema Corte norte-americana. Nesse sentido, Ira P. Robbins (1990, p. 193-194) assevera que “*The federal courts have rejected this positive-knowledge standard in favor of the Model Penal Code approach: knowledge of a fact is established 'if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist'.*”

Em verdade, a referida teoria, por mais que não esteja expressamente prevista no *Model Penal Code*, se encontra inserida na seção 2.02. – *General Requirements of Culpability*, onde, na subseção “7”, se encontra disposto que, “*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.*”

Ou seja, o *Model Penal Code* estabelece que, quando o conhecimento de um fato é exigido pelo tipo, este só deixa de concorrer caso o sujeito realmente acredite que tal fato não concorre, ou seja, considera-se que há o conhecimento caso o sujeito tenha consciência da alta probabilidade da concorrência do fato.

Em síntese, os requisitos, conforme afirma Sérgio Fernando Moro (2007, p. 100), para a aceitação da cegueira deliberada pela maioria das cortes norte-americanas para o caso específico da lavagem de capitais são (1) a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime; e (2) a prova de que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento.

André Callegari e Ariel Weber (2014, p. 95) defendem que é necessário que o agente não somente seja indiferente à elevada probabilidade, mas crie, de maneira intencional, obstáculos ao seu pleno conhecimento, desconsiderando o fato de que há hipóteses em que é desnecessário que o agente crie empecilhos para manter-se sem o conhecimento pleno, mesmo já sabendo da elevada probabilidade, e em que o agente possui o dever de tomar conhecimento de determinados fatos e, simplesmente, se mantém inerte a tal obrigação.

A aplicação da doutrina da *willful blindness*, deve-se acrescentar neste ponto, não é equânime nos tribunais americanos, havendo divergências, como aponta Alexander F. Sarch (2015, p. 1024-1025), em, pelo menos, três cortes federais de apelação, a saber, o Oitavo, o Décimo e o Décimo-Primeiro Circuitos, os quais indicam mais um elemento para a configuração da cegueira deliberada, como também defende o próprio Sarch (2015, p. 1025):

On the one hand, the Eighth, Tenth, and Eleventh Circuits take the position that in addition to (1) having suspicions about the fact of which knowledge is required and (2) deliberately refraining from investigating the matter, the defendant also must (3) have had a particular motive for remaining in ignorance: namely, to preserve a defense in the event of prosecution. According to what I call the 'restricted motive approach', all three of these elements must be present in order for a willfully ignorant defendant to be deemed to have possessed the requisite knowledge.

Apesar de ser tradicionalmente integrada ao sistema da *common law*, a doutrina da cegueira deliberada tem sido adotada em ordenamentos sistematizados como *civil law*, que adotam a responsabilização por dolo eventual, como é o caso da Espanha, cuja suprema corte tem aplicado tal doutrina desde o ano 2000 (MAGALHÃES, 2014, p. 180); a respeito das decisões espanholas em que foi aplicada a doutrina da *willful blindness*, se dissertará no próximo capítulo.

A teoria da *willful blindness*, aplicada ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, tem por finalidade, semelhantemente, igualar a ignorância deliberada ao dolo eventual. E não poderia ser diferente, uma vez que quem suspeita da alta probabilidade da origem criminosa de determinado bem, valor ou direito, e, em razão disso, recusa-se a tomar este conhecimento, mantendo-se alheio ao conhecimento pleno dos fatos que os circundam, visando a auferir qualquer tipo de vantagem, está cometendo crime tal qual o criminoso que atua com dolo eventual, uma vez que ambos não se detêm diante da provável ilicitude, conformando-se com o resultado. Assumem o risco, portanto (MORO, 2010, p. 69). Deve-se ressaltar que não será qualquer probabilidade, mas somente uma elevada; a respeito da potencialidade da suspeita apta a permitir a incidência da *willful blindness*, José Paulo Baltazar Júnior (2007, p. 428) afirma que:

Nos Estados Unidos há uma construção doutrinária sobre a cegueira deliberada ('wilfull blindness') ou evitação de consciência ('consciousness avoidance'), para os casos em que o acusado pretende não ver os fatos que ocorreram. Exige-se prova de que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que os valores eram objeto de crime e que isso lhe seja indiferente.

Ainda que se critique a equivalência da *willful blindness* com o dolo eventual, por este se tratar da indiferença a um conhecimento atual e real, tal equiparação é válida tendo em vista que não será qualquer presunção de conhecimento que dará ensejo à aplicação da teoria da cegueira deliberada, mas apenas aquelas em que, de maneira manifesta, o agente ignore alguma informação indicadora da prática da Lavagem de capitais; como na hipótese em que o indivíduo seja legalmente obrigado a tomar conhecimento de determinado fato e se recuse a conhecê-lo, revelando, assim, sua intencionalidade em tal ignorância, como se dissertará adiante.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES FINANCEIROS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE *COMPLIANCE*

Já estabelecidas as premissas para o terceiro capítulo deste trabalho, quais sejam, o modelo contemporâneo de criminalidade e como este fez surgir novos tipos penais com sua sofisticação, tais como o delito de lavagem de dinheiro, e certos elementos da dogmática penal necessários para a compreensão da funcionalidade da doutrina da *willful blindness* no ordenamento jurídico-penal brasileiro e, mais especificamente, na lei de lavagem de capitais, já é possível dar início à argumentação central deste trabalho, destinada a demonstrar a aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada na responsabilização penal de agentes financeiros em função da omissão no cumprimento das obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98 a estes.

Preliminarmente, se faz necessário conceituar e qualificar os deveres que, caso omitidos em circunstâncias específicas, acarretaria na responsabilização criminal dos agentes financeiros; com a compreensão dos aspectos referentes a tais obrigações, será possível distinguir, logicamente, a atribuição de garantidor do sistema econômico-financeiro nacional dada ao agente financeiro, sobre o que se dissertará adiante.

4.1 O *Criminal Compliance*

Para além dos tradicionais mecanismos de repressão à lavagem de ativos previstos na Lei n. 9.613/98, foi positivado um sistema de institutos destinados à prevenção desta espécie delitativa, dentre os quais se destaca a criação do COAF, sobre o qual já se dissertou, e a imposição de determinados deveres, indicados nos arts. 10, 10-A, 11 e 11-A, aos sujeitos relacionados no art. 9º, todos estes dispositivos da Lei da Lavagem de Capitais.

A lavagem de ativos, como afirma Sérgio Moro (2007, p. 92), é um típico crime “de colarinho branco”, que envolve métodos não usuais e, por sua complexidade, possui, frequentemente, uma aparência de licitude, o que favorece a sua racionalização ou sua justificação pelo agente criminoso e dificulta a coleta ou a produção da carga probatória necessária para uma condenação penal. Por isto, a isolada tipificação da lavagem de ativos, em verdade, não pode produzir efeitos consideráveis no seu combate e na proteção dos bens jurídicos tutelados.

Tendo em vista algumas das peculiaridades deste delito, como o seu caráter interdisciplinar, que envolve aspectos jurídicos, econômicos e político-sociais; a produção de

efeitos metaindividuais; além do seu perfil transfronteiriço, dado em virtude da globalização da criminalidade, vislumbra-se uma clara necessidade de uma interdisciplinaridade semelhante nos métodos e nos instrumentos de persecução penal, que, no caso do crime de lavagem de ativos, envolveria aspectos atinentes à ordem econômico-financeira.

Por tal razão, objetivando um eficaz combate à lavagem de dinheiro, para além da simples criação de novos crimes, é necessária a promoção de políticas preventivas através de uma responsável e efetiva regulamentação do sistema econômico-financeiro e uma facilitação no intercâmbio de informações entre os órgãos relacionados com atividades financeiras (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 340). Como já afirmou William Terra de Oliveira (1998, p. 340), a “...prevenção é a maior arma na luta contra ao tipo de criminalidade de que estamos tratando.”.

Em verdade, a primeira fase da tradicional divisão trifásica da lavagem de capitais, sobre a qual já se discorreu, correspondente ao distanciamento do dinheiro oriundo de atividade criminoso, é o estágio mais vulnerável à detecção, por estar mais próximo da origem ilícita, e, por tal razão, deve ser o foco nas investigações pelos órgãos de persecução penal. É tendo em vista a identificação e a interrupção do ciclo de lavagem nesta fase primária que a Lei n. 9.613/98 estabelece, nos artigos 10, 10-A, 11 e 11-A, determinadas obrigações a serem cumpridas pelos agentes financeiros, definidos para os propósitos da Lei no art. 9º, considerando que estes são os intermediadores da entrada do capital criminoso no sistema econômico-financeiro, função esta a qual se detalhará adiante.

Estas obrigações constituem, justamente, em um programa de prevenção à lavagem de dinheiro, que é composto, como afirma Maria Balbina Martins de Rizzo (2013, p. 139), por “um conjunto de disciplinas e procedimentos que têm como objetivo vedar a instituição contra o ingresso de dinheiro advindo de atividades criminosas, para posterior reinserção no sistema econômico”.

A elaboração de tal programa deve levar em consideração os diferentes tipos e volumes de negócio de instituições e de profissionais que podem ser utilizados pelos operadores de lavagem, já que tais circunstâncias influenciarão no eventual método empregado pelo lavador e nas disposições regulatórias da categoria dos intermediadores da lavagem (Rizzo, 2013).

Os deveres dos programas de prevenção, em que pese a necessária especificidade, podem ser genericamente resumidos (1) na criação de cadastros de clientes contendo informações sobre o perfil e sobre suas principais operações, conhecida como política *Know-Your-Client*, sobre a qual se detalhará adiante; (2) na comunicação, para a

Unidade de Inteligência Financeira, de operações suspeitas de comporem um processo da lavagem de dinheiro; e (3) no desenvolvimento de políticas internas de prevenção do envolvimento de empresas com atos de lavagem de ativos, que podem consistir no cadastramento de funcionários, na elaboração de regulamentos específicos internos e de mecanismos investigativos para implementá-los, dentre outras medidas. Estas últimas também são conhecidas como políticas de *compliance*, sobre as quais também se discorrerá adiante.

Para uma boa compreensão da lógica destas categorias de deveres, e dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro de uma maneira geral, se recorrerá, neste trabalho, aos avanços legais e jurisprudenciais dos Estados Unidos da América, em razão de sua ampla e, em alguns casos, pioneira experiência na repressão e prevenção desta espécie de criminalidade, e não por alguma preferência ideológica. Fora alguns excessos cometidos na última década, o direito norte-americano, em relação ao combate à reciclagem de ativos, é avançado e atende as exigências liberal-democráticas.

O precedente para a normatização da cooperação com particulares no combate à lavagem de dinheiro e da imposição dos deveres supracitados se encontra na edição, em 1992, nos Estados Unidos da América, do *Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act*, segundo o qual foi autorizado ao Secretário do Tesouro americano a requisitar o preenchimento dos *Suspicious Activities Report's* (relatórios de atividades suspeitas, em tradução livre), permitindo assim a intervenção de agentes do Tesouro em instituições financeiras que não estivessem aplicando as normas antilavagem.

Posteriormente, em 1994, foi aprovado pelo Congresso americano o *Money Laundering Suppression Act*, que passou a exigir que as instituições financeiras promovam o treinamento de seus funcionários para que estes saibam lidar com mais variadas situações envolvendo operações suspeitas de lavagem de capitais. Como dispõe a lei americana:

(Sec. 404) Requires each appropriate Federal banking agency to review and enhance:

- (1) training and examination procedures to improve the identification of money laundering schemes involving depository institutions; and*
- (2) procedures for referring cases to appropriate law enforcement agencies.*

Logo após, em 1998, foi editada o *Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act*, que reiterou a determinação da lei de 1994 e acrescentou que o treinamento deveria ser organizado pelo Secretário do Tesouro e deveria ser direcionado para os funcionários que lidam com as operações fiscalizadas, a fim de que os mesmos pudessem entender a legislação e agir de acordo com os preceitos legais. Nos termos da lei de 1998:

PART 2 – FINANCIAL CRIME – FREE COMMUNITIES SUPPORT PROGRAM

§ 5351. Establishment of financial crime-free communities support program

(a) ESTABLISHMENT.—The Secretary of the Treasury, in consultation with the Attorney General, shall establish a program to support local law enforcement efforts in the development and implementation of a program for the detection, prevention, and suppression of money laundering and related financial crimes.

(b) PROGRAM.—In carrying out the program, the Secretary of the Treasury, in consultation with the Attorney General, shall—

(1) make and track grants to grant recipients;

(2) provide for technical assistance and training, data collection, and dissemination of information on state-of-the-art practices that the Secretary determines to be effective in detecting, preventing, and suppressing money laundering and related financial crimes; and

(3) provide for the general administration of the program.

No mesmo ano de 1998, como informa Daniel Mulligan (1999, p. 2325-2326), o Departamento do Tesouro Americano, a Reserva Federal e outros setores do governo propuseram um projeto de lei que implementava a política *Know-Your-Client*; a proposta, contudo, sofreu numerosas críticas, o que acarretou o seu abandono em 1999. Segundo este autor, a proposta, em seu capítulo 12 C.F.R., §21.21, requeria que todos os bancos supervisionados pelo *Office of Comptroller of the Currency – OCC* deveriam aperfeiçoar seus procedimentos de *compliance* para se adequar aos deveres de informar, incluindo os princípios da política *Know-Your-Client*.

A política *Know-Your-Client* consiste no conjunto de deveres, impostos aos agentes financeiros, de identificação de perfis de clientes e de suas respectivas operações (RYAN, 2016, p. 1). Segundo esta política, é dever da instituição financeira conhecer o perfil de seu cliente pela avaliação de diversos critérios, que demonstrarão um padrão do porte e da frequência de transações efetuadas por este; desta forma, haverá um parâmetro para identificar operações incompatíveis com a capacidade e o perfil financeiro do cliente, que podem constituir um indício da prática de lavagem de dinheiro. Desta forma, através do conhecimento da estrutura, composição e meios de pessoas jurídicas e da profissão, atividades e rendimentos das pessoas físicas, os sujeitos obrigados podem constatar determinadas compras, vendas, aplicações, movimentações são, ou não, de natureza suspeita.

Em 2001, após os atentados terroristas de 11 de setembro, e em razão destes, foi editado o *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA Patriot Act)*, que, em dez títulos, promoveu diversas mudanças na legislação americana, inclusive, no que concerne à lavagem de dinheiro, introduzindo a política *Know-Your-Client*, também chamada de *customer due*

diligence, através do Título III, denominado de *International Money Laundering Abatement and Antiterrorism Financing Act of 2001*.

Segundo Mark E. Plotkin e B. J. Sanford (2003, p. 674), o principal instrumento da política *Know-Your-Client* é o *Customer Identification Program*, instituído pela seção 326 do Ato Patriota, pelo qual é exigido das instituições financeiras que implementem cadastros com as informações necessárias para uma identificação “apropriada do tamanho e do tipo do negócio” do cliente. O propósito do programa é reunir informações que “permitam ao banco uma convicção razoável da verdadeira identidade de cada cliente”. Neste programa, são analisados os propósitos da conta, a origem dos fundos, as principais movimentações, dentre outros itens. O próprio Ato Patriota justifica as medidas extremas adotadas na Seção 302, item (3):

(3) money launderers subvert legitimate financial mechanisms and banking relationships by using them as protective covering for the movement of criminal proceeds and the financing of crime and terrorism, and, by so doing, can threaten the safety of United States citizens and undermine the integrity of United States financial institutions and of the global financial and trading systems upon which prosperity and growth depend;

O Ato Patriota sofreu muitas críticas por reduzir as garantias do cidadão, permitindo, através da disposição da seção 311, o acesso aos dados cadastrais e operações financeiras sem a necessidade de ordem judicial (GOUVIN, 2003, p. 972). Tais medidas foram reputadas, especificamente em relação à prevenção e repressão ao terrorismo, como ineficientes, como assevera Eric J. Gouvin (2003, p. 973-981), em razão das peculiaridades deste fenômeno, tais como o baixo custo de financiamento de um atentado terrorista; a desnecessidade do financiamento terrorista ter como origem atividades ilícitas; a transferência de fundos terroristas por meios não convencionais, inclusive através do simples transporte físico; dentre outras.

A despeito dos criticáveis excessos cometidos na instituição da política *Know-Your-Client* pelos Estados Unidos da América, este instrumento já havia sido bem recebido pela comunidade internacional. Como prova de sua aceitação, tal política foi incluída na redação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que foi adotada em 15 de novembro de 2000 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015/2004, no art. 7º, o qual prevê que cada Estado signatário “instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições

financeiras”, sendo que nesse regime serão “ênfatisados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas”.

De maneira semelhante, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), que foi adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006, prevê em seu art. 14 que cada Estado-Parte deverá estabelecer “um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias”, o qual deverá “se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas”. Ainda tratando da política internacional antilavagem, a recomendação n. 10 do GAFI (2015, p. 14-15) prevê que os Estados-membros deverão instituir legalmente o *Customer Due Diligence*, nos termos a seguir transcritos:

The principle that financial institutions should conduct CDD should be set out in law. Each country may determine how it imposes specific CDD obligations, either through law or enforceable means.

[...]

Financial institutions should be required to verify the identity of the customer and beneficial owner before or during the course of establishing a business relationship or conducting transactions for occasional customers.

[...]

Where the financial institution is unable to comply with the applicable requirements under paragraphs (a) to (d) above (subject to appropriate modification of the extent of the measures on a risk-based approach), it should be required not to open the account, commence business relations or perform the transaction; or should be required to terminate the business relationship; and should consider making a suspicious transactions report in relation to the customer.

Já na legislação brasileira, de acordo com as disposições do art. 9º da Lei n. 9.613/98, ampliado pela Lei n. 12.683/2012, os sujeitos obrigados, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, tanto do setor público como do privado, que atuem no sistema econômico-financeiro nacional, se relacionando com este dentro dos parâmetros estabelecidos pelo citado artigo, deverão cumprir com as obrigações previstas na mesma lei, sob pena da incidência de responsabilização administrativa prevista no art. 12 e, caso haja a efetiva cooperação com a prática de lavagem de ativos pela omissão no cumprimento, da responsabilização penal pela aplicação da doutrina da *willful blindness*, como se defenderá adiante. Os sujeitos obrigados pelo art. 9º serão referenciados, genericamente, doravante por agentes financeiros; na hipótese de se tratar de uma pessoa jurídica obrigada, se atribuirá a denominação genérica de instituição.

No art. 10 da Lei de Lavagem de Dinheiro está a previsão da referida política *Know-Your-Client*; em seu inciso “I”, o dever, atribuído ao agente financeiro, de manter cadastros atualizados de identificação dos clientes, nos termos do órgão de fiscalização competente; já no inciso “II”, há a determinação de manutenção em registro das operações envolvendo dinheiro ou ativos conversíveis em dinheiro que superem o limite estabelecido pelo órgão de fiscalização.

Na disposição do inciso “III” do art. 10 está incorporado o dever de *compliance* (adequação ou cumprimento, em tradução livre), pelo qual os agentes financeiros deverão adotar políticas e controles internos que sejam compatíveis com seu volume de operações e, portanto, que sejam aptos a atender as obrigações impostas na própria lei.

Resumidamente, Daniel Saad-Diniz (2014, p. 115) concebe a política de *compliance*, em seu sentido mais amplo, como um conjunto de normas internas determinantes do comportamento permitido, seja em âmbito legal ou não, que deve ser preservado pelos empregados e dirigentes da empresa. Já em seu sentido estrito, no que tange a prevenção da lavagem de capitais, considera-se como *compliance* a política de prevenção do uso das estruturas da instituição para prática de infrações econômicas mediante uma implementação de mecanismos de controle interno e canais de comunicação externos, orientados por diretrizes básicas de governança regulatória.

O mesmo autor ainda registra a necessidade das instituições de integrar ao organograma interno da instituição um departamento de *compliance*, com a consequente designação de um *compliance officer*, cuja responsabilidade seria o oferecimento de treinamento e consultoria para o eficaz cumprimento da política de *compliance*, a fiscalização da adoção desta política por parte dos empregados, a comunicação com o órgão de fiscalização, especialmente com a Unidade de Inteligência Financeira (o COAF, na realidade brasileira), dentre outras funções particulares ao objeto da instituição.

Vladimir Aras (2007, p. 3), por seu turno, é ainda mais específico em sua definição de *compliance*, se referindo como o cumprimento das obrigações legais antilavagem. Considera-se, neste ponto, que a definição de Aras é demasiadamente restritiva, não englobando o descumprimento de normas internas da instituição, elaboradas para atender as peculiaridades desta própria; desta maneira, a quebra de regulamentos internos da instituição também pode ser considerada como descumprimento da política de *compliance*.

Se compreende, portanto, exemplificadamente, que o rol de atividades suspeitas elencado na Carta-Circular BACEN n. 3.542/12, como o uso de várias contas simultaneamente ou como a estruturação de operações com fracionamento de depósitos ou

remessas, que devem ser acompanhadas, registradas e comunicadas ao Banco Central do Brasil, não são exaustivas, podendo existir outras operações suspeitas que podem ser informadas, mas não podem ser exigidas pelo órgão de fiscalização (ARAS, 2007, p. 3).

A definição de *compliance* por Aras (2007, p. 3) se enquadra, na verdade, no conceito de *criminal compliance*, que corresponde à definição restrita apresentada por Saad-Diniz (2014, p. 115). Segundo estes autores, o significado de *criminal compliance* aqui descrito, em síntese, seria o conjunto de normas de conduta corporativa estabelecidas por lei que, caso descumpridas, implicariam na responsabilização penal, a ser configurada, segundo Aras, por omissão imprópria. Assim, as obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98 aos agentes financeiros, segundo a lógica de Saad-Diniz e a assertiva de Aras, se enquadrariam como *criminal compliance*. Aras (2007, p. 4) afirma expressamente que os sujeitos obrigados que descumprem a Lei n. 9.613/98 podem ser acionados criminalmente como coautores do crime de lavagem de dinheiro, com base no art. 13 do CPB.

O dever de notificação está previsto no art. 11 da lei de Lavagem de Dinheiro, pelo qual se impõe aos agentes financeiros a comunicação de determinadas operações que atendam a critérios objetivos estabelecidos em lei ou por orientação do órgão de controle ou de fiscalização e que ultrapassem limites ou transbordem os parâmetros, semelhantemente, preestabelecidos. Os parâmetros estabelecidos designam situações, supostamente, anormais que, de maneira objetiva, são reputados como suspeitos de integrarem atos de reciclagem de ativos.

Esta comunicação deve ser feita ao órgão de fiscalização competente e, necessariamente, ao COAF, como dispõe o inciso “II” do dispositivo. Há neste inciso, ainda, o dever do agente financeiro de se abster de cientificar aos seus clientes que informaram a realização de operações suspeitas ao órgão de fiscalização. Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 42) observa que tal dever de omissão não impede que os agentes financeiros informem, de maneira antecipada, aos seus clientes todas as operações que serão comunicadas caso efetuadas.

O inciso “III”, determina ainda que os agentes financeiros informem, periodicamente, a não ocorrência de operações suspeitas; cabe mencionar, neste ponto, a crítica feita por Bottini (2013, p. 41) a este último dispositivo, segundo a qual, caso este seja mal regulamentado, sobrecarregará os departamentos de *compliance* das instituições e as pessoas físicas obrigadas, que passarão uma quantidade excessiva de tempo informando a inexistência de atividades suspeitas no seu âmbito de atuação no sistema econômico-financeiro. O art. 11, no parágrafo segundo, resguarda o agente financeiro de eventuais

responsabilizações caso as comunicações de atividades suspeitas feitas por boa-fé venham a se revelar como lícitas.

Além das iniciativas governamentais indicadas destinadas à prevenção e ao combate à lavagem de capitais, é importante mencionar a recente mobilização das sociedades empresariais, inclusive instituições financeiras, em abraçar uma “cultura de *compliance*” por conta própria, como uma evidência da solidez de sua organização comercial, como aponta Eduardo Saad-Diniz (2014, p. 112-113). Nas palavras do autor:

A nova cultura organizacional a que se apega a cultura de compliance promove a ideia de que a gestão de negócios não se limita à eficiência dos resultados financeiros: a governança corporativa, somada a políticas institucionais de segurança de informação, reforça a confiança na liquidez e valorização das ações. [...] Os novos mecanismos de prevenção, orientados em maior ou menor medida pela “cultura de compliance”, vêm silenciosamente decretando a perda de funções do Estado no enfrentamento dos delitos econômicos, cedendo espaço a um movimento global de “autoconstitucionalização” promovido pelos códigos de conduta corporativos.

Com esta mesma lógica, partindo da premissa de o próprio agente financeiro não deseja ser, de maneira eventual, relacionado publicamente com alguma operação de ocultação de capitais ilícitos, Dan Ryan (2016, p. 1) assevera que os requisitos estabelecidos na similar lei estadunidense servem apenas de base para que a instituição os suplemente com informações do seu particular perfil de risco, que contém elementos de sua própria realidade. Na oportunidade, o autor ainda critica o uso de empresas terceirizadas para fazer o processamento de dados dos clientes em razão da insegurança envolvida; não pelo perigo de vazamento de informações sigilosas de clientes, mas sim da possibilidade mais elevada de não se detectar uma operação de lavagem, como o referido autor expressa abaixo (2016, p. 1):

Performing internal AML [anti money laundering] risk assessments and collecting the required customer information will no doubt be operationally challenging. While institutions can rely on third parties to provide needed information in certain cases, the ultimate compliance responsibility rests with the financial institutions themselves.

De fato, como afirma Maria Rizzo (2013, p. 141), a prevenção da cooperação com atividades ilícitas deve fazer parte da cultura dos agentes financeiros, não se restringindo apenas ao cumprimento de exigências regulatórias, tampouco às ações determinadas pelas regras institucionais. É preciso, como afirma acertadamente a autora, uma consciência coletiva dos benefícios da incorporação deste entendimento às atividades típicas relacionadas ao sistema econômico-financeiro.

Pelo exposto, observa-se um reconhecimento, por parte de organismos internacionais, pela legislação brasileira e por entidades privadas, da importância da obtenção e da prestação de informações relacionadas às operações suspeitas de integrarem um ciclo de lavagem e aos seus possíveis operadores. Considerando a relevância de uma determinada atividade, por uma simples lógica se deduz que aquele a quem é atribuída a condução de tal atividade é, naturalmente, revestido de responsabilidade em razão de sua função. Assim acontece com o agente financeiro, como se demonstrará adiante.

4.2 A atribuição de garante aos agentes financeiros

O agente financeiro, ao ser enquadrado como um dos sujeitos do art. 9º da Lei n. 9.613/98, é investido das responsabilidades já descritas, que não visam o mero cumprimento de uma prestação, mas sim a segurança e a integridade do sistema econômico-financeiro nacional. A seriedade de suas funções e o tratamento legal dado a estes os identificam como detentores da atribuição de garantidor da higidez do sistema econômico-financeiro, o bem jurídico a ser protegido. Sobre a importância da atuação do agente financeiro e a sua consequente posição de garante se discorrerá abaixo.

Pela evidente natureza do delito de lavagem de capitais, este não produz vítimas diretas em função da sua prática, já que o bem jurídico tutelado de maneira imediata, qual seja a ordem econômico-financeira, possui um caráter metaindividual; por tal razão, toda a sociedade é atingida pela prática da lavagem de ativos, o que dificulta a identificação de suspeitos ou indícios, já que não há uma vítima específica ou um local do crime específico, ou seja, não há uma materialidade clara.

No caso específico da lavagem de capitais, a materialidade não está na vítima, ou no local em que o bem jurídico é propriamente violado, mas no “caminho” para tal objetivo. É neste caminho que se encontra a posição dos agentes financeiros, que, pela sua proximidade com o bem jurídico, são os mais capazes a indicar a materialidade do delito, e, por serem mais sensíveis aos seus efeitos, sejam diretos ou colaterais, podem identificar com mais facilidade a localização e a identificação do operador da lavagem.

Nesta posição excepcional do agente financeiro se fundamenta a instituição da cooperação entre os setores público e privado na estruturação de mecanismos para a prevenção da lavagem de dinheiro, como esclarece a exposição de motivos da Lei n. 9.613/98 (EM n. 692/MJ), do item n. 83 ao n. 88, que se lê adiante:

83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. De resto, tal participação fortalecerá a imagem desses setores perante a comunidade em que desenvolvam as suas atividades.

84. De fato, uma comunidade organizada sobre o primado do Direito não se coaduna com qualquer prática delituosa, estando implícito o dever imputado a todos de participar e de colaborar no combate a práticas por ela repudiadas e que, se não combatidas, acabarão por implodir o tecido social, pela corrosão dos alicerces da vida em coletividade.

85. Essa idéia de co-participação no combate às atividades ilícitas está, inclusive, consagrada no art. 144 da Constituição Federal, que deixa claro que a segurança pública é um dever do Estado, mas também é um direito e uma responsabilidade de todos. No mesmo sentido e de forma mais específica, já no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional, o art. 192 do texto constitucional estabelece que ele deverá ser “estruturado de forma (...) a servir aos interesses da coletividade”.

86. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com os seus clientes, dispõe de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas.

87. Ressalte-se, ainda, que o simples estabelecimento de um regime administrativo de combate aos crimes de lavagem, com a participação direta dos setores que normalmente são utilizados nesse processo, constitui um importante fator de inibição da utilização desses setores na lavagem de dinheiro.

88. Nessa altura, cabe pôr em relevo o importante papel que o Sistema Financeiro Nacional terá no combate à lavagem de dinheiro.

Se depreende do exposto, portanto, que foi intenção do legislador que o combate à lavagem de capitais fosse estruturado em uma cooperação entre o setor público e o setor privado, a qual se delineou no tópico anterior. Neste sistema, que a doutrina (ARAS, 2012, p. 1) denomina de *twin track fight* (luta em duas vias, em tradução livre), pessoas físicas ou jurídicas que atuam em setores tradicionalmente utilizados pelos lavadores (bancos, corretoras de imóveis, contadores etc.) são caracterizados como *gatekeepers* (torres de vigia, em tradução livre), pois atuam ou têm acesso aos métodos utilizados pelos lavadores para circular os recursos obtidos com infrações penais (ARAS, 2007, p. 3).

O relatório do GAFI de julho de 2011 (p. 19), sobre a lavagem dos recursos originados de corrupção, define os *gatekeepers* como, “essencialmente, indivíduos que protegem os ‘portões’ do sistema financeiro, através dos quais aquele que deseja utilizar o sistema (econômico-financeiro), incluindo os operadores de lavagem, deve passar para ser bem-sucedido em seu propósito”. Em que pese o uso da expressão “indivíduos” pelo relatório, deve-se interpretar, no caso, extensivamente para incluir pessoas jurídicas que possuam as mesmas qualidades de serem intermediadoras da “entrada” no sistema econômico-financeiro.

O relatório elaborado pelo grupo de trabalho de tipologias (*typologies*, no original; refere-se às rotinas utilizadas para a lavagem de ativos) no biênio 2003/2004, por sua vez, trata sobre a importância dos *gatekeepers* para os operadores de lavagem nos seguintes termos (p. 5):

Increasingly, money launderers seek out the advice or services of specialized professionals to help facilitate their financial operations. This trend toward the involvement of various legal and financial experts, or gatekeepers, in money laundering schemes has been documented previously by the FATF and appears to continue today. The work undertaken during this year's exercise confirmed and expanded the FATF's understanding of specific characteristics of this sector and what makes it vulnerable to money laundering. The most significant cases each involve schemes of notable sophistication, which were possible only as a result of the assistance of skilled professionals to set up corporate structures to disguise the source and ownership of the money.

De maneira semelhante, o relatório *Global Money Laundering and Terrorist Financing Threat Assessment* publicado em 2010 pelo GAFI (p. 44-45), desta vez tratando sobre o uso da lavagem de capitais para o financiamento do terrorismo, descreveu os *gatekeepers* como um elemento comum nos esquemas de lavagem de dinheiro. Este relatório concluiu que “as habilidades dos *gatekeepers*, em razão de sua capacidade de gerenciar e efetuar transações eficientes, evitando a fiscalização, são importantes para a criação de estruturas legais destinadas à lavagem de capitais”. Assim, compreende-se que não é sem razão que os agentes financeiros passaram a ser chamados de *gatekeepers*; estes conhecem todas as “portas” e têm todas as “chaves” para o acesso ao sistema econômico-financeiro.

Foi pelo reconhecimento da importância pública da qualidade de *gatekeeper* que, em um importante precedente da criminalização do descumprimento das obrigações impostas aos agentes financeiros (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 74), o citado *Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act* inseriu, em 1992, na legislação penal americana, a responsabilização criminal dos obrigados a preencher os *Suspicious Activities Reports* caso estes (1) deixem de fazê-lo; (2) preencham-nos com omissões ou com informações falsas; e (3) contribuam de alguma maneira para o fracionamento de importação ou exportação de qualquer instrumento monetário. Nos termos da lei americana:

Subtitle C: Money Laundering Enforcement Improvements
[...]

Amends Federal law relating to international monetary instrument transaction reporting requirements to prohibit: (1) failure to file the requisite reports; (2) filing material omissions or misstatements of facts in such reports; and (3) participation in structuring any importation or exportation of monetary instruments.

Diante do reconhecimento desta influência do agente financeiro em relação ao sistema econômico-financeiro, cuja higidez é de interesse público, deve-se compreender que este, ainda que exerça sua profissão no âmbito privado, possui um *múnus* público.

Desta mesma maneira ocorre com o advogado, que, no exercício de seu ministério privado, é função essencial à Justiça; como afirmou o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Ordinário sobre o Mandado de Segurança n. 1.275/RJ (fls. 113-114), a advocacia é,

[...] pois, serviço público, da mesma natureza que os demais serviços prestados pelo Estado. [...] No Brasil, contudo, a advocacia é exercida por pessoas naquela situação a que se convencionou denominar 'particulares em colaboração com o Estado'. Vale dizer: pessoas credenciadas pelo Estado que por conta própria, sem dependência ou subordinação, desempenham função ou serviço público.

Semelhantemente, de maneira indireta, a Constituição Federal, ao afirmar em seu art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde” e que as ações de regulamentação, fiscalização e controle também devem ser feitas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, atribui ao médico, ainda que exercendo suas atividades no âmbito privado, uma função de interesse público. A Constituição, ainda, faz o mesmo em relação ao professor, qualificando sua função como de interesse público, ainda que exercida fora do ensino público, ao consagrar, no art. 206, V, a valorização do profissional da educação como um dos princípios do ensino; como na parte final do inciso se afirma que o ingresso na rede pública se dará, exclusivamente, por concurso público, pode-se concluir que o início do inciso trata dos professores da rede privada também. Observe-se que, em todos estes casos não há menção expressa à função pública dada à tais funções.

Com base na lógica exposta nestes parágrafos anteriores, compreende-se, claramente, que, por força dessa posição privilegiada que ocupam, os agentes financeiros, verdadeiramente, possuem uma função pública, ainda que as exerçam exclusivamente no âmbito privado, que lhes é atribuída pela interpretação, devidamente feita, dos dispositivos constitucionais mencionados na Exposição de motivos acima transcrita e pelas obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98.

É essencial atentar ao fato de que as obrigações impostas na Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro não, simplesmente, regulam uma atividade administrativa financeira. Não é à toa que tais obrigações estão previstas em uma lei criminal. A finalidade do direito penal, como se dissertou acima, é a preservação de determinado bem jurídico, que no caso da lei em questão, é, primariamente, a ordem econômico-financeira; logo, a finalidade das

obrigações previstas não é, meramente, regular uma atividade administrativa, mas tutelar a ordem econômico-financeira como um bem jurídico. Pela mesma lógica, tais obrigações não são impostas aos agentes financeiros para que estes sejam, simplesmente, obrigados a preencher formulários; as normas de *compliance* estão lá positivadas para que o agente financeiro coopere, através destas condutas, com a proteção de um bem juridicamente tutelado.

Em síntese, a imposição das obrigações em questão trata-se não de uma simples política de organização corporativa, mas sim de uma política criminal de prevenção que exige a cooperação do setor privado. Sobre esta política criminal de prevenção se dissertará no próximo tópico.

Desta forma, os agentes financeiros são obrigados não apenas a se abster de colaborar com a prática da lavagem de capitais, mas também a contribuir nas atividades de inteligência e vigilância do poder público, em prol da preservação da ordem econômico-financeira nacional, prestando informações acerca de atos que possam caracterizar branqueamento de dinheiro.

Esta obrigação de prestar informações, segundo o entendimento de Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini (2013, p. 35), objetiva, simplesmente, sensibilizar profissionais de diferentes áreas para o desvalor da integração dos ativos provenientes de atividades ilegais na economia formal e, principalmente, isolar o operador da lavagem, afastando-o dos agentes financeiros, que facilitam o uso do sistema econômico-financeiro para ocultar a origem criminosa e permitir a reaplicação das verbas já lavadas, promovendo, assim, uma capilarização da obtenção de dados e informações sobre condutas suspeitas.

Os agentes financeiros, portanto, ao contrário da argumentação de Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini (2013, p. 151-152), em razão de sua qualificação como *gatekeepers* e do interesse público em sua função, possuem a atribuição de garantidor do sistema econômico-financeiro nacional. Como já foi devidamente tratado anteriormente, o garantidor tem a obrigação de evitar o resultado não com qualquer espécie de conduta, mas aquela que é prevista em lei e se adequa com sua função. A investigação propriamente dita, com a perquirição pormenorizada da origem dos fundos supostamente ilícitos, é dever da Autoridade Policial e outros órgãos de fiscalização e persecução penal, não do agente financeiro. Assim, o agente financeiro tem o dever de evitar o resultado através das atribuições que lhes são legalmente impostas, quais sejam, os deveres impostos pela Lei de Lavagem de Capitais; neste sentido, William Terra de Oliveira (1998, p. 328) admite a possibilidade da investidura da condição de garante aos agentes financeiros.

Desta forma, compreende-se que a atribuição de garante aos agentes financeiros não é feita por analogia. Este método de integração do direito, segundo Carlos Maximiliano (2007, p. 169), consiste “em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.”; como não se pode afirmar que os deveres impostos aos agentes financeiros, que lhes dão a qualidade de garantidores, não estão previstos em lei, é descabida a afirmação de que estes são garantidores por analogia, como defende Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (2015, p. 184), afirmando que as obrigações impostas aos agentes financeiros têm apenas caráter administrativo.

Esta autora, aliás, considera (2015, p. 181) que a omissão dos deveres impostos aos agentes financeiros configuraria somente o delito do art. 1º, §2º, II, da Lei n. 9.613/98, que trata da participação dolosa na organização criminosa, ou seja, contempla apenas aquele operador de lavagem que está integrado em organização criminosa destinada que tenha como atividade, primária ou secundária, a lavagem de ativos, como pode se observar:

De fato, diante da previsão legal inserta no art. 1º, § 2º, II, da Lei 9.613/98, cujo verbo núcleo do tipo é ‘participar’, tem-se que o descumprimento das normas administrativas da lei 9.613/98 não atrai o dever de garantia que pressuposto para o juízo de tipicidade da omissão imprópria.

Como é possível que o agente financeiro atue na lavagem de dinheiro, através do descumprimento dos deveres de *compliance*, não como mero partícipe, mas como autor, utilizando os recursos de origem ilícita em atividade econômica ou financeira, nos termos do art. 1º, §2º, I, da lei antilavagem, fica claro que a argumentação da citada autora é inconsistente.

Semelhantemente, a condição de garante não é constatada por interpretação extensiva, já que nesta, segundo Carlos Maximiliano (2007, p. 175), há “uma ideia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente”; considerando que a Lei n. 9.613/98 atribui diretamente aos agentes financeiros o ônus das obrigações lá dispostas, esta lei, diretamente, o põe na condição de garante.

Deve-se observar, previamente à análise do tópico seguinte, que a imposição das obrigações descritas gera, inegavelmente, uma certa contradição institucional em relação à conduta dos agentes financeiros, que, frequentemente, possui como parâmetro principal o sigilo e a confiança. A transformação dos agentes financeiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, em delatores institucionalmente obrigados (BADARÓ; BOTTINI, 2013, p. 36-37),

em razão do cumprimento das regras de registro e comunicação é justificada para fins de política criminal e não implica em uma exposição da privacidade em razão do dever de sigilo semelhantemente imposto aos órgãos de fiscalização, como dispõe o art. 10, V, da lei n. 9.613/98; vale acrescentar que as informações devam ser prestadas pelo particular ainda que o sigilo seja imposto por lei, como é o caso dos advogados, desde que estes não estejam representando em litígio.

De maneira lógica, o interesse público que levou à legislação do dever de sigilo é o mesmo interesse público que, em atenção à política criminal, obriga a prestação de informações aos órgãos de fiscalização da prática de lavagem de dinheiro que, por sua vez, vale reiterar, também possuem o dever de resguardar o sigilo das informações prestadas.

4.3 A aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada aos agentes financeiros

Estando o agente financeiro na posição de garantidor, nos termos do art. 13, §2º, do Código Penal, este pode ser responsabilizado por omissão imprópria se, em virtude do não cumprimento das obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98, houver a violação da ordem econômico-financeira pela prática da reciclagem de ativos. Como já se explicou anteriormente, o garantidor, para ser responsabilizado, deverá ter conhecimento de sua condição, que é publicizada pela lei de lavagem; da ocorrência de evento apto a causar dano ao bem jurídico tutelado e da possibilidade de que a conduta devida seja capaz de evitar o resultado. Assim, o agente não poderá ser responsabilizado caso não tenha conhecimento de um processo de lavagem em curso, a não ser que assuma o risco da ocorrência do delito em questão ao, deliberadamente, criar obstáculos ao seu conhecimento, como se demonstrará adiante.

A ampliação do rol de agentes financeiros obrigados a prestar informações de atividades suspeitas pela Lei n. 12.683/12 foi uma das mais importantes e necessárias alterações promovidas. Tal necessidade decorreu em razão da transposição das atividades de lavagem para outros setores menos fiscalizados, que foram incluídos na reforma; tal medida, entretanto, não soluciona em definitivo esta questão, e esta constatação não é surpreendente.

A globalização, em todas as suas facilitações da comunicação, inclusive internacional, abriu uma gama de alternativas para a ocultação dos ativos ilícitos, ficando estas a disposição da criatividade do operador da lavagem. É necessário ressaltar que estas facilidades não implicam em uma simplificação do processo de lavagem; em sentido contrário, a sofisticação e a engenhosidade é notável nos procedimentos utilizados pelos operadores da lavagem, que se usam dos instrumentos da globalização para tornar complexo o

ciclo de branqueamento dos capitais, o que, em breve, exigirá uma atualização da legislação. Em síntese, lavar dinheiro não é tarefa fácil.

Ao contrário dos crimes mais tradicionais tipificados no código Penal, que podem ser facilmente praticados por qualquer pessoa, sendo bastante um preparo intelectual superficial, a lavagem de capitais exige uma capacitação técnica aprofundada, para a realização de um conjunto de operações dentro do sistema econômico-financeiro que, não somente, sejam complexas o bastante para ocultar a origem ilícita, mas que também sejam hábeis a permitir a introdução do capital lavado no mercado legal de um modo a não levantar suspeitas das autoridades responsáveis pela fiscalização ou pela persecução penal.

Como esta tarefa não pode ser executada por qualquer pessoa, o criminoso que auferiu grandes somas com suas atividades ilegais buscará os serviços de profissionais que detenham conhecimentos sobre economia, finanças, a regulação do mercado, dentre outras áreas congêneres, para empregar seus conhecimentos em prol da otimização do processo de lavagem.

Como as chances de impunidade da lavagem estão diretamente conectadas ao grau de complexidade das operações contábeis e da engenharia financeira desenvolvida para a ocultação dos valores ilícitos, se torna lógico o recrutamento por organizações criminosas de contadores, corretores, leiloeiros, gerentes de instituições financeiras, notários, advogados, entre outros profissionais que detenham conhecimentos úteis para a execução da lavagem de capitais.

Aqui ocorre uma espécie de “terceirização” do crime de lavagem, que tem como inevitável e conveniente consequência o distanciamento entre o operador da lavagem e o agente do crime antecedente. Nestas relações, a regra informal, como assevera Sérgio Moro (2007, p. 95) é o silêncio. Isto porque não há motivação para que os detalhes da origem ou natureza dos valores sejam reveladas ao operador da lavagem, e nem este possui qualquer motivo para fazer questionamentos nesse sentido. Concernente a esta “terceirização” da lavagem de dinheiro, Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 13) afirma:

Inegável, em verdade, que a tendência contemporânea da reciclagem de dinheiro proveniente de crime (riciclaggio di denaro proveniente da reato), em algumas formações sociais, aponta para a direção de uma autonomização desta atividade. Esta passa a ser cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mas habilitados a fornecer sofisticada assessoria na análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações.

De maneira oposta, há, na verdade, motivos para não se obter tal conhecimento. A informação da origem do dinheiro é indesejável por parte do operador da lavagem, já que pode prejudicar a afirmação de desconhecimento em um futuro e eventual processo penal. Além de que, como o criminoso não tem interesse em divulgar a origem ilícita, o lavador que se portar de maneira “curiosa” pode perder o cliente ou se expor a uma situação de risco perante este. O natural, é que seja revelado ao agente da lavagem o mínimo de informações o possível (MORO, 2010, p. 69).

Pela lógica, portanto, se vislumbra como definitivamente irrazoável exigir que o operador da lavagem de dinheiro tenha o pleno conhecimento da origem ilícita dos recursos, a menos que haja uma disposição para abdicar de uma maior eficácia da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro.

Ademais, o perfil do operador da lavagem é compatível com o do criminoso “de colarinho branco”, que é preparado intelectualmente, se utiliza de métodos pouco usuais para a prática de crimes, se encontra em uma alta e respeitável posição social e perpetra a lei dentro de suas atribuições profissionais. O elemento subjetivo desta espécie de delinquente não pode ser aferido por critérios objetivos como os criminosos comuns; a avaliação do “dever normal de cautela pela experiência geral de vida”, como cita Bottini (2013, p. 130), não pode ser feita da mesma maneira que é feita com um criminoso comum. É por tal razão que a omissão do agente financeiro, nas circunstâncias aqui explanadas, não poderia ser considerada um risco permitido, conforme teorizou Günther Jakobs (2007) e já se dissertou no capítulo anterior.

O agente financeiro, na qualidade de um delinquente “de colarinho branco”, conhece com precisão, além das estruturas econômico-financeiras, os deveres legais impostos a si e as circunstâncias sob as quais deveria prestar o seu dever legal, em razão do preparo intelectual que tem para, justamente, atuar com tais determinações legais (FELDENS, 2002, p. 140). Seria pura ingenuidade por parte do magistrado crer que um indivíduo com formação de ensino superior e conhecedor das políticas de *compliance*, especialmente que exerça suas atividades nas instituições que possuem departamento de *compliance*, não saiba exatamente o que está fazendo e o que deveria fazer.

Este aspecto criminológico da responsabilização penal dos agentes financeiros deve ser levado em consideração, sem prejuízo do enfoque normativo. Os responsáveis pela aplicação da lei penal devem conhecer, ao menos, as noções fundamentais de criminologia para, se for conveniente, aplicá-las no caso concreto, o que, segundo Sérgio Fernando Moro

(2010, p. 77), pode “facilitar não só a valoração da prova, mas igualmente a compreensão das motivações do criminoso e favorecer um processo mais acurado e mais justo.”.

É necessário conhecer e aplicar tais noções de criminologia no processo penal como um todo, justamente, porque este não pode ser dissociado da política criminal. Esta é exatamente a razão da criminalização da lavagem de ativos, que vai bem além da simples criação de um novo tipo penal; como afirma Moro (2012, p. 16), trata-se de uma “nova política de prevenção e repressão da atividade criminal”.

E não é à toa que a política criminal orientou a tipificação inovadora da lavagem de capitais; como já defendeu Claus Roxin (2002, p. 8), uma dogmática reduzida a fórmulas meramente abstratas produz diversos perigos, dentre os quais está na confiança do magistrado no automatismo dos conceitos teóricos, não se alertando às peculiaridades do caso concreto. Desta forma, as exigências sistemáticas, por serem menos importantes, devem recuar para um segundo plano em privilégio ao essencial, que é a busca da solução do problema. Nas palavras deste autor (2002, p. 20):

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.

É nesta integração da política criminal com o direito penal que reside a motivação para, não somente a criação do tipo penal da reciclagem de ativos, mas também para a imposição de obrigações aos agentes financeiros, e a consequente atribuição da função de garantidor para si, com o fito de sua cooperação com o poder público em prol de uma ordem econômico-financeira saudável e competitiva. Isto porque o objetivo da política criminal não se prende apenas à infração penal como forma de prevenção e combate da criminalidade, mas também consiste em uma atuação em diversos aspectos da sociedade, sejam sociais, culturais ou econômicas, com o fim de prevenir e impedir a prática de delitos (SOARES; SANTANA, 2012). Desta forma, cabe à política criminal, conjuntamente às outras searas do conhecimento, o fornecimento das bases teóricas para a promulgação de leis justas, humanas e eficientes.

A responsabilização criminal dos agentes financeiros na maneira que aqui se defende foi legalmente possibilitada pela reforma na Lei de Lavagem de Dinheiro, promovida pela Lei n. 12.683/2012, que suprimiu do inciso I do §2º do art. 1º a expressão “que sabe”, definindo assim que, incorre nas mesmas penas da lavagem de capitais quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”. Tal alteração teve o claro objetivo de agregar à punição pelo dolo eventual no caso de uso dos bens de origem suja. Ou seja, o legislador estendeu a tipicidade àquele que suspeita da proveniência infracional dos bens, e ainda assim os utiliza na atividade econômica ou financeira, assumindo o risco de praticar a lavagem de dinheiro. O dolo eventual, cabe acrescentar, já era admitido na responsabilização pela conduta prevista no *caput* do art. 1º, como explicita a própria Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, como se lê abaixo:

40. Equipara o projeto, ainda, ao 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 a dissimulação da utilização de bens, direitos 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.

Admitindo a possibilidade da aplicação de dolo eventual no tipo principal (art. 1º, *caput*), antes da reforma da lei em 2012, se posiciona Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 88). Semelhantemente, Fausto Martin De Sanctis (2008, p. 50/51) admite o dolo eventual tanto no tipo principal, como no dispositivo objeto deste trabalho (art. 1º, §2º, I), fazendo referência, ainda, à aceitação do dolo eventual na jurisprudência americana pelo uso da doutrina da *willful blindness*. Em relação à possibilidade de aplicação da *willful blindness* frente às alterações promovidas na lei antilavagem em 2012, André Callegari e Ariel Weber (2014, p. 100) vislumbram como aplicável a referida teoria no direito pátrio. A respeito do cabimento do dolo eventual no delito de lavagem de capitais, especialmente no que tange aos agentes financeiros investidos da condição de garante, William Terra de Oliveira (1998, p. 328) disserta nos seguintes termos:

O dolo eventual somente pode ser admitido se o sujeito está de alguma forma investido em uma posição de garante em relação à evitabilidade do resultado ou se sua conduta é relevantemente causal no processo de lavagem de dinheiro. Por exemplo: um diretor de uma instituição financeira (que tem a obrigação legal de comunicar operações suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF) sabe que determinada operação se presta ao procedimento de lavagem de dinheiro, e mesmo assim não comunica tal fato às autoridades, ou ainda revela ao seu cliente que realizou dita comunicação, possibilitando um aperfeiçoamento da

operação e um conseqüente benefício ao operador. Tal comportamento se aproxima do dolo eventual e portanto sua conduta será típica.

O dolo eventual na prática do delito previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/98 foi admitido, também, pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal originária n. 470/MG, em razão da ausência de qualquer expressão no dispositivo que indicasse a necessidade do dolo direto. Desta mesma maneira, não há, com as alterações promovidas em 2012, qualquer expressão no art. 1º, §2º, I, da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro que indique a necessidade do dolo direto.

Impende ressaltar, frente o exposto, que não se pretende que o agente financeiro tenha uma espécie de presciência sobre quando e como um de seus clientes promove a reciclagem de ativos através de seus serviços. O propósito é demonstrar como, no caso específico do descumprimento das obrigações impostas pela lei n. 9.613/98, o agente financeiro, inegavelmente, tem o conhecimento de quais são seus deveres e quando estes devem ser cumpridos; e que, quando este se omite no momento em que deveria cumprir seu *múnus*, consistente na perquirição do conjunto de informações previsto legalmente e na comunicação das atividades suspeitas ao órgão de fiscalização, ainda que não saiba que está cooperando com a lavagem de dinheiro ilícito, está assumindo o risco desta cooperação.

Deve-se observar que a responsabilização por omissão imprópria ocorrerá somente pela abstenção das obrigações específicas do agente financeiro, como se afirmou anteriormente, dentro do âmbito das obrigações a ele impostas pela lei e dentro das suas qualidades específicas que o enquadram como agente financeiro; desta forma, exemplificadamente, um funcionário do setor de cadastro de clientes de uma instituição financeira não poderá ser responsabilizado pela lavagem de ativos ocorrida no setor de contas exteriores, ainda que tenha conhecimento da mesma.

É quando o agente financeiro, ao se omitir pelo não cumprimento dos deveres de comunicação de atividades suspeitas, assume o risco de cooperar com um processo de lavagem de ativos, que se torna cabível o “transplante” da doutrina da cegueira deliberada para o ordenamento jurídico-penal brasileiro. Ainda que esta tenha sido desenvolvida no âmbito da *common law*, há a possibilidade de seu cabimento em ordenamento orientado pelo sistema da *civil law* pela equiparação sua ao dolo eventual, por estes terem uma mesma construção lógica, já que, quando alguém, propositalmente, cria obstáculos ao conhecimento de determinada atividade criminosa, está, igualmente, assumindo o risco de cooperar com a mesma.

Concernente ao cabimento da doutrina da cegueira deliberada em um sistema jurídico segundo o modelo *civil law*, pode-se citar, exemplificadamente, o uso desta teoria pelo Tribunal Supremo espanhol na sentença STS 4.934/2012 (p. 12), da qual se transcreve um breve e esclarecedor trecho:

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

Pelo mesmo colegiado espanhol, é interessante mencionar a sentença STS 5.288/2005 (p. 09), que, em um caso de lavagem de dinheiro, condenou um indivíduo que, deliberadamente, “fechou os olhos” para informação que deveria saber, como se lê abaixo:

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

No caso específico do descumprimento das obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98, caso o agente financeiro falte com a obrigação de cadastro de clientes (política *Know-Your-Customer*), e, através desta omissão, efetivamente coopere com um processo de lavagem de capitais, restará comprovado a criação de obstáculos pelo próprio agente financeiro ao conhecimento da lavagem, configurando, assim, a cegueira deliberada. Na possibilidade desta falta consistir na ausência de comunicação de atividade suspeita ao órgão fiscalizador competente, haverá a configuração da simples omissão imprópria, já que o agente financeiro, intencionalmente, falhou na sua atribuição de garantidor do sistema econômico-financeiro.

Importa ressaltar que não se está, meramente, presumindo um conhecimento, mas sim inferindo o estado de consciência do agente financeiro através de critérios objetivos, que são aplicáveis na investigação do crime de lavagem, como dispõe o item “a” do ponto 7 da nota interpretativa da Recomendação n. 3 do GAFI: 7. *Countries should ensure that: (a)*

The intent and knowledge required to prove the offence of money laundering may be inferred from objective factual circumstances.

É notável que o agente financeiro que descumpre com as obrigações previstas na Lei n. 9.613/98 pode agir com culpa, não assumindo, conscientemente, o risco de cooperar com uma lavagem de dinheiro ao aplicar um numerário de origem desconhecida em atividade econômica ou financeira; por tal razão, a simples aferição do descumprimento não é o bastante para configuração de omissão imprópria ou da cegueira deliberada.

É apenas com atenção às circunstâncias objetivas do fato é que se poderá considerar a aplicação da doutrina da cegueira deliberada neste caso específico; tal possibilidade não se trata de uma norma probatória absoluta, como afirma Sérgio Moro (2010, p. 72), mas deve ser avaliada caso a caso, se analisando, por balizas criminológicas, a condição do agente financeiro como um eventual criminoso “de colarinho branco” e as condições em que se deu a operação financeira, para que haja a certificação de que o agente financeiro não agiu com culpa consciente, cuja fronteira com o dolo eventual, do ponto de vista probatório, é tênue, como asseveram Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 475):

O limite entre o dolo eventual e a culpa com representação é um terreno movediço, embora mais no campo processual do que no penal. Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade 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, imporá ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo*.

O exemplo que se toma como paradigma, citado por Sérgio Moro (2010, p. 51-52), é o do Caso do Banestado, em que se utilizou a estrutura do Banco do Estado do Paraná S/A (Banestado) para ocultar a origem ilícita de dinheiro, remetendo os recursos para o exterior com a utilização de contas bancárias abertas por interpostas pessoas que eram utilizadas por um curto período de tempo e, em seguida, substituídas por outras contas abertas em nome de outras pessoas interpostas; os agentes financeiros que cooperaram com o esquema de lavagem alegaram que desconheciam a origem dos recursos e que a anormalidade das atividades não seriam percebidas nos trabalhos cotidianos.

Neste caso concreto, Moro (2010, p. 71) informa que, ainda que as provas que evidenciaram o conhecimento específico não houvessem sido produzidas no feito, tal escusa seria inadmissível para afastar o dolo eventual, caso este pudesse ser aplicado à época ao caso da maneira que aqui se dissertou, considerando o volume expressivo das movimentações bancárias e das aplicações financeiras a elas relacionadas. Este autor cita que, de apenas uma

das contas, partiu depósitos que somaram R\$ 434.517.521,25 (quatrocentos e trinta e quatro milhões, quinhentos e dezessete mil, quinhentos e vinte e um reais e vinte e cinco centavos), com movimentação diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e aplicações de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), em uma época da economia brasileira em que uma unidade monetária do real estava pareada com a do dólar norte-americano.

No caso exposto, levando-se em conta que se tratava de agentes bancários experientes, há anos trabalhando na mesma instituição, é, em verdade, impossível alegar a ausência de, no mínimo, uma elevada suspeita da ocorrência de operações ilícitas. Deve-se ressaltar aqui que a aplicação da doutrina da *willful blindness* e a responsabilização por omissão imprópria com dolo eventual pela consideração de fatores relativos à cognição do agente financeiro, como a formação profissional e a experiência deste em sua atividade peculiar, não seria uma presunção absoluta do dolo, como justificou o Tribunal Regional Federal da 5ª Região ao rejeitar a aplicação da cegueira deliberada, caso este que se comentará adiante, mas será a aferição do dolo por critérios objetivos, método que atende as exigências liberal-democráticas do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Desta forma, analisando os elementos objetivos que permeiam o caso concreto, caso haja a comprovação efetiva da prática de lavagem de capital e o efetivo controle do fato que cooperou com a lavagem, então estará autorizada a aplicação da doutrina da cegueira deliberada para a responsabilização penal do agente financeiro que, estando investido na posição de garantidor da ordem econômico-financeira, se recusa, propositalmente, a avaliar determinadas condições, legalmente previstas, do cliente ou da operação efetuada por este. Pelas mesmas razões e sobre as mesmas condições cognitivas, caso o agente financeiro, após constatar a ocorrência de atividades legalmente pressupostas como suspeitas, não efetue a devida comunicação ao órgão de fiscalização competente, será devida sua responsabilização penal por omissão imprópria por este ter assumido o risco de cooperar com a lavagem de dinheiro.

4.4 Breve análise sobre a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada na Jurisprudência brasileira no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro

A aplicação, por parte dos magistrados brasileiros, da doutrina da cegueira deliberada, de maneira geral e no caso específico da responsabilização pela prática de lavagem de dinheiro, tem sido tímida e os poucos casos em que há a aplicação desta teoria têm sido recentes o bastante para ser possível se afirmar que não há entendimento consolidado

sobre a temática. Há, no entanto, casos paradigmáticos que podem ser apresentados e tomados como parâmetro para futuras aplicações da *willful blindness*, como o caso do furto ao Banco Central (Ação Penal n. 2005.81.00.014586-0), julgado em primeira instância em 2007, e do julgamento da Ação Penal originária n. 470/MG em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal.

O furto à agência do Banco Central de Fortaleza ocorreu na madrugada do dia 05, sexta-feira, para o dia 06, sábado, de agosto de 2005, em que foi subtraída a quantia de R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões e setecentos e cinquenta e cinco mil e cento e cinquenta de reais); a constatação do fato ocorreu somente no dia 08 de agosto de 2005, segunda-feira.

No dia seguinte ao furto, ou seja, dia 06 de agosto de 2005, os integrantes da quadrilha dirigiram-se à revendedora de carros Brilhe Car e compraram, com o dinheiro furtado, onze veículos, pelo valor de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais), pagos em cédulas de cinquenta reais, somente.

Entendeu o magistrado na primeira instância que os donos da revenda de carros Brilhe Car cometeram o delito previsto no artigo 1º, §2º, I, da Lei n. 9.613/98, pois utilizaram na atividade econômica valores que sabiam serem de origem ilícita. O magistrado afirmou a existência de uma lacuna legislativa existente na lei de lavagem de dinheiro o que justificaria a possibilidade de se aplicar o dolo eventual ao delito tipificado no dispositivo mencionado. Justifica o juízo de primeiro grau (p. 53) que:

Questão que se coloca é se há aqui uma lacuna legislativa colmatável no mesmo sentido dos incisos I e II do § 2.o, restringindo o crime de lavagem ao dolo direto, ou se trata-se de uma omissão deliberada do legislador, ou seja, de um silêncio eloqüente a fim de permitir a incidência da lei no caso de dolo eventual.

Com este posicionamento o juízo de primeiro grau entendeu estar configurado o crime de lavagem de dinheiro previsto no artigo 1º, “ainda que o agente não tivesse o conhecimento da origem criminosa dos valores envolvidos, bastando que tivesse conhecimento da probabilidade desse fato, agindo indiferentemente quanto à ocorrência do resultado lesivo”.

A sentença faz referência, ainda, sobre a divergência doutrinária acerca da possibilidade de admissão do dolo eventual nos delitos de lavagem de dinheiro. Por um lado o dolo admitido nos delitos de lavagem seria, apenas, o dolo direto, e em outro posicionamento se admitiria o dolo eventual, ante a lacuna legislativa já citada, que conduziria a uma ausência de restrição legal.

Expostos estes argumentos, o magistrado fez referência a posicionamentos jurisprudenciais estrangeiros, que usou como premissas para aplicar a teoria da cegueira deliberada na condenação dos donos da revendedora de carros Brilhe Car na sanção penal cominada no artigo 1º, §2º, I da Lei n. 9.613/98. O juízo de primeiro grau entendeu que os donos da Brilhe Car, tinham a forte suspeita de que os valores utilizados na compra dos referidos veículos eram de origem ilícita, e ainda assim concluíram a negociação dos veículos, assumindo o risco de usar recursos ilegais em atividade econômica.

Em sede de apelação interposta no Tribunal Federal Regional da 5ª Região, os empresários alegaram a ausência de dolo nas suas condutas, agindo assim de boa-fé, e ausência de provas convincentes de que sabiam da origem ilícita dos valores utilizados pelos compradores dos veículos.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região analisando as razões da apelação dos empresários responsáveis pela revendedora de carros Brilhe Car questionou a sentença quanto a possibilidade de se aplicar a responsabilização criminal visto que não existiam nos autos do processo provas de que esses empresários sabiam da origem ilícita dos valores.

Alegando que o conjunto probatório era insuficiente para a condenação dos réus, pois para a lei de lavagem de dinheiro é necessário que o agente tenha o dolo direto, ou seja, o efetivo conhecimento de que os valores movimentados tiveram origem ilícita, o Tribunal absolveu os réus com base no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, por entender que não existiram nos autos provas cabais da consciência dos réus acerca da origem ilícita dos valores movimentados. A aplicação da doutrina da cegueira deliberada foi afastada pela corte sob a justificativa de que se estaria presumindo, de maneira absoluta, o dolo.

Em verdade, em que pese a verdadeira compatibilidade da doutrina da *willful blindness* com o dolo eventual do direito penal brasileiro, as disposições da Lei de Lavagem de Capitais anteriores às modificações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, com exceção do *caput* do art. 1º, não admitiam a responsabilização por dolo eventual; a expressão “que sabe serem” não deixava dúvidas sobre a exclusividade do dolo direto. Na mesma medida em que a presença de tal expressão não deixava dúvidas quanto à exclusiva admissibilidade do dolo direto, a sua retirada, como já dissertado anteriormente, não permite questionamentos sobre a admissibilidade do dolo eventual.

Já em relação à Ação Penal n. 470/MG, popularmente conhecida como caso “mensalão”, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, em relação às condutas praticadas antes da edição da Lei n. 12.683/2012, pela admissão do dolo eventual no crime previsto no art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, resultando na condenação de diversos réus.

Conforme indica o informativo n. 684 do STF (2012, p. 4), o ministro Celso de Mello julgou admissível a aplicação da doutrina da cegueira deliberada para a responsabilização por dolo eventual, como se lê abaixo:

Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.

Foi argumentado, ainda, que a condenação de alguns réus pela prática de lavagem com a admissão do dolo eventual era justificável por motivos de política criminal, para a devida repressão da terceirização da lavagem de dinheiro. A ministra Rosa Weber, em seu voto, ressaltou que há casos em que os autores do crime antecedente e os do delito de lavagem não se confundem, especialmente quando se trata de “terceirização” da lavagem.

Nesta hipótese de “terceirização”, a regra no mercado profissional da lavagem é o silêncio; isto porque, nessa relação criminosa, o lavador profissional contratado, normalmente, adota um comportamento indiferente quanto à origem dos bens que opera, não se importando em aprofundar o seu conhecimento a respeito, apesar de ter consciência da alta probabilidade de se tratar de dinheiro sujo. Já o autor do crime antecedente, quer apenas a realização do serviço contratado, não existindo motivos para revelar os delitos que praticou para um terceiro.

Desta maneira, para a necessária condenação dessa espécie de conduta “terceirizada”, seria lógica a admissão do dolo eventual, caso contrário, ter-se-ia a impunidade de uma das formas mais graves do crime de lavagem de dinheiro. Na oportunidade, a ministra também defendeu a aplicação da doutrina da cegueira deliberada, favorecendo o reconhecimento do dolo eventual no crime de lavagem.

Seguindo a mesma lógica, a ministra Cármen Lúcia também defendeu a admissibilidade do dolo eventual (2012, p. 2079/2099), ressaltando sua concordância com William Terra de Oliveira (1998) no sentido de que o dolo eventual só pode ser admitido se o indivíduo estiver investido na posição de garantidor.

Cabe destacar o posicionamento divergente dos ministros Dias Toffoli (2012, p. 3273/3274) e Ricardo Lewandowski (2012, p. 3736/3739), que se posicionaram no sentido da não admissão do dolo eventual, rejeitando a aplicação da cegueira deliberada, ao menos quanto aos fatos ocorridos antes das alterações realizadas pela Lei n. 12.863/2012, já que, com a presença do rol taxativo de delitos antecedentes anterior às mudanças ocorridas,

tornava-se indispensável o agente ter o conhecimento, ainda que superficial, do crime antecedente.

O posicionamento pela admissibilidade do dolo eventual pelos ministros citados foi acertado em razão da compreensão de que o objetivo do antigo rol de crimes antecedentes não era condicionar o conhecimento do lavador, mas sim reprimir, indiretamente, a obstrução da justiça na apuração destes crimes. Como não havia disposição legal expressa no art. 1º, *caput*, que indicasse a necessidade do dolo direto, o dolo eventual foi aceito.

5 CONCLUSÃO

A partir do que foi apresentado neste trabalho, conclui-se que as estruturas de combate à lavagem de ativos na legislação e na jurisprudência brasileira estão progredindo, em que pese o fato de que esta modalidade criminosa é recente. Os avanços, entretanto, não devem ser limitados aos que já foram teorizados, especialmente porque os agentes desta espécie de delitos, os criminosos “de colarinho branco”, estão em constante reinvenção, de suas práticas e de seus métodos.

A organização administrativa de prevenção à reciclagem de ativos tem sido aperfeiçoada e fortalecida, contando com órgãos e com funcionários mais especializados; este sistema de prevenção, todavia, não é o bastante para um combate à lavagem de dinheiro eficaz, devendo os órgãos de persecução penal aprimorarem e inovarem seus métodos na mesma medida em que os operadores da lavagem se aperfeiçoam também.

Ainda que não haja jurisprudência no território nacional concernente à aplicação da recém-criada doutrina da cegueira deliberada, há farto material de pesquisa produzido pelos tribunais e pelos doutrinadores alienígenas, com ampla fundamentação dogmática que atende os requisitos garantistas, que devem ser analisados e transpostos para a realidade brasileira com cautela.

A proposição de soluções para um eficiente combate à lavagem de dinheiro não pode se desvincular da orientação político-criminal que norteia o ordenamento jurídico-penal brasileiro; isto porque a melhor solução não é a que apenas soluciona questões teóricas, mas sim que gera efetivos resultados práticos também.

Dentre tais soluções, se encontra a doutrina da cegueira deliberada, que é compatível com as bases lógicas do moderno direito penal e se coaduna harmonicamente com o sistema jurídico-penal brasileiro. A responsabilização penal dos agentes financeiros que descumprem as obrigações impostas pela Lei n. 9.613/98 é uma maneira adequada e apta para resguardar o bem jurídico tutelado por esta lei, qual seja, a ordem econômico-financeira.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Criminologia: (teoria e prática)**. 2. ed. São Paulo, SP: Aide, 1988.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code: official draft and explanatory notes**. Disponível em: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

ARAS, Vladimir. **Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9862>>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. **Lavagem de dinheiro e corrupção: irmãs siamesas**. Consulex. Revista Jurídica, Brasília, v. 16, n. 361, p. 38-39, fev. 2012. Disponível em: <http://anpr.org.br/artigo/20>, acesso em 31 maio 2016.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo, SP: Hemus, 1966.

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**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 2. ed. rev., atual. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org), in **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Carta-circular n. 3.452, de 12 de março de 2012**. 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: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/c_circ/2012/pdf/c_circ_3542_v1_O.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal**. São Paulo, SP: Saraiva, 1964.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 1 v. 17. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. **Código Penal de 1940, Lei das Contravenções Penais, Legislação Complementar, Código Penal de 1969.** Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 mai. 2016.

_____. **Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. **Exposição de Motivos n. 692, de 18 de dezembro de 1996.** Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2016.

_____. **Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **Decreto n. 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: 02 jun. 2016.

_____. **Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Lei n. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 23 mai. 2016.

_____. **Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012.** Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em: 23 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 85.060/PR.** Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julg. em: 23 set. 2008. Acórdão eletrônico *DJe-030*, divulg. 12-02-2009, public. 13-02-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575869>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

_____; _____. **HC 88.660/CE.** Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julg. em: 15 mai. 2008. Acórdão eletrônico *DJe-151*, divulg. 05-08-2014, public. 06-08-2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6439854>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

_____; _____. **AP 470/MG**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julg. Em: 17 dez. 2012. Acórdão eletrônico *DJe-074*, divulg. 19-04-2013, public. 22-04-2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____; _____. **Informativo n. 684**: AP 470/MG – 135. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo684.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL NO CEARÁ. 11ª VARA. **AP n. 2005.81.00.014586-0**. Juiz Titular

Danilo Fontenelle Sampaio. 28.6.2007. Fortaleza – CE. Disponível em:

<<http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2016/02/Senten%C3%A7a-Final.pdf>>.

Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. **ACR nº 5520-CE**. Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, 2ª Turma, julg. em 09 set. 08, DJU de 22.10.08, p. 206/228. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8249976/apelacao-criminal-acr-5520-ce-0014586-4020054058100/inteiro-teor-15197855>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 107, de 2016**. Disciplina a ação para extinção de domínio sobre bens de qualquer natureza, ou valores, que sejam produto ou proveito, direto ou indireto, de atividade ilícita ou com as quais estejam relacionados na forma desta lei, e na sua transferência em favor da União, dos Estados ou do Distrito Federal, sem direito a indenização. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125169>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 1.275/RJ**. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julg. em: 05 fev. 1992. DJ 23/03/1992, p. 3429. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100186732&dt_publicacao=23/03/1992>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed., t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

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

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS – COAF. **Cartilha –**

Lavagem de dinheiro: um problema mundial. Disponível em:

<<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime**. European Treaty Series n. 141. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007bd23>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

DIA nacional de prevenção à lavagem de dinheiro. Unodc.org, Brasília, 25 out. 2013. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

ESPAÑA. Consejo General del Poder Judicial. N. de recurso: 1.043/2004, n. de resolución: 1034/200. Ponente: Francisco Monterde Ferrer. Madri, set 2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=1194992&links=%221043%2F2004%22&optimize=20051006&publicinterface=true>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ESPAÑA. Consejo General del Poder Judicial. N. de recurso: 1.417/2011, n. de resolución: 557/2012. Ponente: Jose Ramon Soriano. Madri, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6448948&links=%221417%2F2011%22&optimize=20120723&publicinterface=true>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

FELDEN, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF/GAFI. **The FATF Recommendations**. International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Mutual Evaluation Report of Brazil**. On 25 June 2010. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. **Global Money Laundering and Terrorist Financing Threat Assessment: a view of how and why criminals and terrorists abuse finances, the effect of this abuse and the steps to mitigate these threats**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Global%20Threat%20assessment.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

_____. **FATF Report: Laundering the Proceeds of Corruption**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. **Report on Money Laundering Typologies: 2003-2004**. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/2003_2004_ML_Typologies_ENG.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Conduta Punível**. São Paulo, SP: José Bushatsky, 1961.

_____. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. rev. - Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6.ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIANINNI, Maria Cristina. **Economia e criminalidade**. In: AMAR, Ayush Morad. **Temas de Criminologia**. São Paulo, SP: Resenha Universitária, 1975.

GOUVIN, Eric J. **Bringing out the big guns: The USA Patriot Act, money laundering and the war on terrorism**. Digital Commons @. Western New England University School of Law, 2003. Disponível em: <<http://tinyurl.com/clvdv41>>. Acesso em: 01 junho 2016.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed., v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 2. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. 1. v. Edição Fac-similar. Brasília, DF: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LYRA, Roberto. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1964.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **Breves notas sobre a lavagem de dinheiro: Cegueira deliberada e honorários maculados**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 164-186, jan. - abr. 2014. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista64/revista64_164.pdf>

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

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada**. 2. v. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbekian, 1984-1985.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MELLO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORE, Thomas. **A Utopia**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MULLIGAN, Daniel. **Know your customer regulations and the international banking system**: towards a general self-regulatory regime. *Fordham International Law Journal*, Berkeley, v. 22, n.5, 1999. Disponível em: <<http://tinyurl.com/lawjournal>>. Acesso em: 02 junho 2016.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Money laundering awareness handbook for tax examiners and tax auditors**. Disponível em: <www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/43841099.pdf>. Acesso em: 02 junho 2016.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais**: (dis)funções político-criminais no seu combate. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

PELLIN, Camila Gervasoni. **Crimes comissivos por omissão**: considerações doutrinária e jurisprudencial sobre o dever de garante. In: FABRETTI, Humberto Barrionuevo (Org.). **Caderno de Ciências Penais**: reflexões sobre as teorias da conduta. São Paulo, SP: Plêiade, 2013.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Lavagem de capitais e delitos omissivos**: responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de *compliance*. Curitiba: Juruá, 2015.

PLOTKIN, Mark E.; SANFORD, B. J. **Patriot Act the customer's view of “know your customer”**: section 326 of the USA Patriot Act. Convington: Washington, 2006. Disponível em: <<https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2006/09/747.pdf>>. Acesso em: 01 junho 2016.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à lavagem de dinheiro nas instituições do mercado financeiro**. São Paulo: Trevisan Editora, 2013.

ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Insctruction**: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 81. Summer, 1990. Disponível em <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>>.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1986.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RYAN, DAN. **FinCEN: Know your costumer requirements**. Cambridge: Pricewaterhouse Coopers LLC, 2016. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/02/07/fincen-know-your-customer-requirements/>, acesso em 30 de maio de 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **A criminalidade empresarial e a cultura de compliance**. Revista eletrônica de direito penal AIDP-GB, Rio de Janeiro, ano 2, v. 2, n.2, p. 112 – 120, dez. 2014.

Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14317/10853>, acesso em 30 maio 2016.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco** (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). – Boletim da Faculdade de Direito – Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARCH, Alexander F. **Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law**. St. John's Law Review: Vol. 88: No. 4, Article 4. Outubro, 2015. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol88/iss4/4>>

SOARES, Manoela; SANTANA, Sheila. **Reflexos da escola moderna alemã no direito penal e o desenvolvimento histórico da política-criminal**. In: FABRETTI, Barrinuevo et al (org.). **Caderno de Ciências Penais: Reflexões sobre as escolas e os movimentos político-criminais**. São Paulo: Plêiade, 2012.

STESSENS, Guy. **Money Laundering: a new international Law enforcement model**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. Disponível em: <<http://www.loc.gov/catdir/samples/cam032/99056427.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNITED STATES. **Annunzio-Wylie Money Laundering Suppression Act of 1992**. Disponível em: <http://ffiec.gov/bsa_aml_infobase/documents/regulations/Annunzio_Wylie.pdf>. Acesso em: 01 junho 2016.

_____. **Money Laundering Suppression Act of 1994**. Disponível em: <https://www.ffiec.gov/bsa_aml_infobase/documents/regulations/ML_Suppression_1994.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/105/plaws/publ310/PLAW-105publ310.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. **Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (USA Patriot Act)**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. **Direito Penal Econômico e Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.