



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Débora Letícia Torres da Silva

**A EXPANSÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NO TIPO PENAL DE
LAVAGEM DE ATIVOS COM A EDIÇÃO DA LEI 12.683/2012**

Brasília

2017

Débora Letícia Torres da Silva

**ESTUDO SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO NO TIPO DE LAVAGEM:
busca pela tipicidade ideal e apreciação do dolo**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Mestre Pedro Ivo Rodrigues Cordeiro Velloso

Brasília

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: SILVA. Débora Letícia Torres da.

Título: Estudo Sobre o Elemento Subjetivo no Tipo de Lavagem: busca pela tipicidade ideal e apreciação do dolo

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 03.07.2017

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Pedro Ivo Rodrigues Cordeiro Velloso

Orientador

Professor Doutor Ney de Barros Bello Filho

Membro

Professor Mestre Marcelo Turbay Freiria

Membro

Professor Mestre Welliton Caixeta Maciel

Membro Suplente

Às minhas maiores inspirações, Núbia e Bruno.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao meu orientador, Pedro Ivo. Por sua paciência e sugestões que possibilitaram a existência desse trabalho.

À própria Universidade de Brasília, que me proporcionou, tanto dentro como fora de sala de aula, amadurecimento e autoconhecimento; casa que me preparou academicamente e me fez uma pessoa melhor.

À minha mãe, Núbia, luz que me guiou até aqui. Ao meu querido padrasto, Giovanni, sem o qual a minha graduação jamais seria possível. Aos meus amados irmãos, Bruno, Giulia, Luca, Iago e Érica, pela motivação para ser sempre uma pessoa melhor, pelo amor e pelo apoio.

Às bravas guerreiras da minha família, Zenaide, Belmira, Afra, Tita, Kátia e Ilvanir, encarnações vivas da palavra pujança que permitiram que hoje se criasse uma advogada na família.

Às minhas rochas cujo amor e amizade me sustentaram na caminhada até aqui, Davi, Beatriz, Wenderson e outras irmãs que o Direito me trouxe.

Aos colegas da família Almeida Castro, pela convivência diária e por me moldarem como profissional, especialmente Lili, Turbs, Horts, Leids e ao melhor time de estagiários, cúmplices e companheiros que eu poderia desejar.

RESUMO

O presente trabalho busca definir os contornos do elemento subjetivo do tipo previsto no artigo 1º da Lei 9.613/1998, referente à lavagem de ativos, antes e depois da reforma pela Lei 12.683/2012, a partir de abordagem histórica, doutrinária e jurisprudencial. O trabalho efetua uma revisão bibliográfica sobre o dolo direto, o dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no tipo penal da lavagem de ativos, trazendo discussões do direito comparado, a fim de delimitar qual seria a abordagem adequada desses conceitos dentro do ordenamento brasileiro. A presente monografia, ao final, entende que o dolo eventual é admitido no tipo penal da Lei 9.613/1998, desde que o agente esteja entre as figuras legalmente obrigadas a conhecer as circunstâncias das transações no caso concreto.

Palavras-chave: Lavagem de Ativos; Elemento Subjetivo; Dolo eventual; Cegueira Deliberada.

ABSTRACT

This paper intends to define the contours of the subjective elements of the crime described in the 1st article of the 9.613/1998 Law, regarding to money laundering, before and after the reform by the 12683/2012 Law, based on historical, doctrinal and jurisprudential approach. The paper brings a bibliographic review about willful misconduct, *dolus eventualis* and willful blindness regarding the crime of money laundering, bringing discussions from comparative law, in order to delimitate what would be the appropriate approach of these concepts within the Brazilian legal system. This research, in the end, understands that *dolus eventualis* is admitted at the crime described in the 1st article of the 9.613/1998, as long as the agent is one of the figures that is obliged to know the circumstances of the transactions on the concrete case.

Palavras-chave: Money Laundering; Subjective Elements; *Dolus Eventualis*; Willful Blindness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 TIPIFICAÇÃO E ESCOLHA DE POLÍTICA CRIMINAL	3
1.1 A apreciação adequada da tipificação e a dimensão subjetiva do tipo	3
1.2 O início do combate à lavagem, a tipificação e a criação do COAF	6
2 O TIPO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI 9.613/98.....	7
2.1 O artigo 1º da Lei 9.613 antes da reforma pela Lei 12.683/2012	7
2.2 A reforma da Lei 9.613/98.....	15
3 O ELEMENTO SUBJETIVO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.683/2012	19
3.1 A questão do dolo pós reforma	19
3.2 As discussões no ordenamento espanhol	20
3.3 A resposta italiana ao dolo eventual e suas lições para o Brasil.....	23
3.4 A extensão da aplicação do dolo eventual e o dever de compliance	30
3.5 Críticas à aplicação da cegueira deliberada	33
3.6 A aplicação da lei pós reforma.....	35
3.7 Considerações sobre o estudado	38
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A partir da ideia de que o Direito Penal deve ser considerado através de uma ótica de Estado mínimo, considerando-se princípios como o da presunção da inocência e o da legalidade, verifica-se que, para a criminalização de uma conduta, é necessária uma filtragem daqueles comportamentos relevantes ao sistema penal.

O princípio da legalidade, inserido no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, traz a norma penal, justamente, como instrumento de delimitação do poder de intervenção do Estado, é necessária, para que haja criminalização, que o comportamento do sujeito satisfaça tanto os elementos objetivos quanto os subjetivos do tipo. Pelo princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, através de sua interpretação como regra probatória, tem-se que o encargo de demonstrar a importância da conduta e o interesse em sua persecução cabe ao acusador.

Em vista desse raciocínio, cabe-se questionar o crescente interesse nacional na criminalização de ilícitos econômicos, inchando o Direito Penal e direcionando-o a condutas que poderiam ser desencorajadas e punidas dentro do Direito Administrativo. Destaca-se, nesse contexto a lavagem de ativos, demonstrativa de uma opção de política criminal voltada para o combate do crime organizado a partir de um de seus aspectos mais sensíveis, os seus frutos.

Em relação a esse tema, cabe ilustrar que o fluxo de capital ilícito na economia mundial é de difícil estimativa, contudo, conforme o Global Financial Integrity (2015)¹, apenas nos países em desenvolvimento, entre 2004 e 2013 foi de cerca de US \$ 1,1 trilhão. O que se desprende desse dado é que, inevitavelmente, tais valores acabam por passar pelas mãos de terceiros de boa-fé. Em vista disso, deve-se delimitar de forma clara as condutas relacionadas a esse capital que são importantes para o sistema criminal.

Esse trabalho basear-se-á em pesquisa documental e bibliográfica e buscará avaliar a atenção dada ao elemento subjetivo do tipo de lavagem na aplicação da Lei 9.613/1998 e analisar a utilização das teorias do dolo eventual e da cegueira deliberada no Brasil.

¹ O Global Financial Integrity (GFI) é uma organização sem fins lucrativos com sede em Washington que é voltada para a pesquisa do fluxo de capital ilícito na as economias e o aconselhamento de governos de países em desenvolvimento na promoção de políticas relacionadas à área.

Assim, no decorrer do trabalho o objetivo será delimitar quais seriam os casos em que o dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada podem ser aplicados ao tipo de lavagem de ativos de forma adequada dentro do ordenamento brasileiro.

Para atingir esse objetivo o presente estudo estruturar-se-á da seguinte forma. No primeiro capítulo será apresentada uma revisão sobre o que viria a ser uma apreciação adequada da tipificação, bem como as funções da norma penal e a importância do elemento subjetivo. A partir disso, será feita uma explicação sobre o contexto da criação do sistema de prevenção à lavagem de ativos tanto no Brasil como em um contexto internacional.

O segundo capítulo abordará o tratamento dado por doutrinadores e pela jurisprudência à questão do dolo antes da reforma pela Lei 12.683/2012. Na primeira parte será feita uma análise sobre a estrutura da lei e a forma como ela foi aplicada à icônica ação penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Proceder-se-á então à exposição das críticas à lei e aos motivos que levaram à sua alteração.

O terceiro capítulo, por sua vez, efetuará uma revisão bibliográfica sobre o dolo direto, o dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada no tipo penal da lavagem de ativos após a Lei 12.683/2012. Nele se desenvolverá a questão do elemento subjetivo a partir da perda do rol taxativo de crimes antecedentes e realizar-se-á um aprofundamento do estudo do dolo, visando demonstrar os limites a serem considerados na aplicação das ideias de dolo eventual e teoria da cegueira deliberada. Serão apresentadas discussões do direito comparado e far-se-á uma análise da sentença da ação penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR como forma de avaliar a aplicação dos conceitos expostos nos capítulos anteriores. Trar-se-á, ao final da presente monografia, o entendimento de que o dolo eventual é admitido no tipo penal da Lei 12.683/2012 apenas no caso em que o agente tenha, no caso concreto, a obrigação de conhecer suas circunstâncias e que para que se considere a teoria da cegueira deliberada, devem estar presentes claros elementos que demonstrem a adoção de comportamento com a específica finalidade de impossibilitar o conhecimento das circunstâncias envolvidas no fato.

1 TIPIFICAÇÃO E ESCOLHA DE POLÍTICA CRIMINAL

1.1 A apreciação adequada da tipificação e a dimensão subjetiva do tipo

Fundamental para que se inicie a exploração do tema central deste trabalho, se possa analisar a importância do elemento subjetivo na caracterização do tipo de lavagem e se consiga perceber de onde vêm as posições defendidas pelos doutrinadores, é adentrar no significado de tipicidade, na sua importância e na sua compreensão dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, cabe expor as funções da tipificação tratadas por Salvador Netto (2010, p. 2), que destaca a função de comunicação como derivação da própria proteção à legalidade.

Segundo o autor, a tipificação, por um lado, protege o cidadão do arbítrio estatal, impedindo que o Estado imponha pena sobre comportamentos não previstos como crime em lei enquanto, por outro lado, serve como informativo à sociedade, garantindo que todos saibam o conteúdo das infrações.

Para Salvador Netto, a função dogmática também aponta para estreitos laços com a legalidade. Vejamos:

“A função denominada dogmática, igualmente, aponta para estreitos laços com a legalidade penal. Cuida-se da repercussão da função de garantia na elaboração da teoria do delito. Se o atípico é o indiferente ao sistema criminal, natural é a percepção da tipicidade como crivo inicial da estrutura do delito, não fazendo sentido qualquer perquirição mais profunda ou juízos maiores de valor àqueles comportamentos não abarcados pelas descrições típico-legais. O atípico, por isso mesmo, será sempre aquele comportamento criminalmente desimportante, podendo ou não ser admitido como ilícito pelos outros ramos do ordenamento jurídico.” (SALVADOR NETTO, 2010, p. 2)

Nesse sentido, fundamental destacar a obra de Juarez Tavares (2000, p. 158) que defende que se tome a norma penal como instrumento de delimitação entre o poder de intervenção do Estado e a liberdade individual.

A questão da relação entre tipo e antijuricidade, para Juarez, “deve levar em conta, em primeiro plano, o sentido delimitativo da norma penal, não o sentido de proibição ou de imposição de condutas, mas o sentido de limitação do exercício do poder estatal.”. O autor ainda destaca que:

“Em razão disso, essa relação só pode ser elucidada através da fixação das funções do tipo e das limitações da antijuricidade, naquelas duas fases a que nos referimos como base da elaboração de uma teoria do injusto. Esse tratamento que se dá à

norma penal, evidentemente pressupõe uma tomada de posição política sobre o exercício do poder de punir.” (TAVARES, 2000, p. 159).

E é esse, justamente, o ponto nevrálgico da pesquisa aqui realizada: na elaboração da Lei 9.613/98 e com a posterior reforma pela Lei 12.683/2012 o legislador assumiu uma posição política sobre a forma de punir do Estado frente às condutas de Lavagem; o alargamento do tipo a partir do inchaço da compreensão de dolo atenta contra princípios estabelecidos no ordenamento nacional, com destaque para o da Legalidade e o da Presunção de Inocência.

Considerando-se o intenso fluxo de capital ilícito na economia mundial que, embora difícil de estimar, segundo o GFI apenas nos países em desenvolvimento, entre 2004 e 2013 foi de cerca de em US \$ 1,1 trilhão, é urgente delimitar de forma clara as condutas relacionadas a esse capital que são importantes para o sistema criminal. Afinal, tal volume de valores, acaba por permear a rede de negócios lícita e transitar pelas mãos de terceiros de boa-fé.

Nesse sentido, prossegue Salvador Netto, introduzindo a ideia dos elementos normativos, cujo significado preciso, para ele, somente poderá ser alcançado a partir de recursos de interpretação.

“Os tipos penais abertos, dotados destes elementos, devem sofrer um crivo, de modo a se constatar, quantitativamente, os limites entre possibilidades interpretativas e a completa desnaturação típica de sua função de garantia. Em outras palavras, as reflexões residem na necessidade de busca de uma fronteira, talvez um tanto fluída, capaz de separar a acessoriedade admitida, da completa abertura capaz de justificar as mais ambíguas e controversas interpretações.” (SALVADOR NETTO, 2010, p. 2)

Assim, para esta análise, conforme o autor, é necessário realizar a verificação dos elementos objetivos do tipo penal, suas conformações teóricas e, principalmente, em que medida eles podem ou não cooperar para a manutenção de uma tipicidade ideal, assim entendida como aquela que é dotada de certeza e precisão na descrição das condutas humanas.

Este ponto, conforme se verá adiante, traz intensa controvérsia entre magistrados e doutrinadores brasileiros. Em relação ao tipo de lavagem, se percebe uma redação da lei que, se não interpretada de forma atenta e restrita, tem o potencial para se tornar espécie de “norma penal coringa”, à qual se remete na falta de material para condenação por outros crimes.

Nesse sentido se pode destacar a ideia da acessoriedade limitada deste crime, através da qual, mesmo com a ausência de processo ou condenação pelo crime antecedente, o juiz responsável pela apuração da lavagem pode reconhecer a sua materialidade. Mesmo uma

absolvição por falta de autoria, por falta de provas da autoria ou existência de circunstâncias que isentem o réu da pena não seria suficiente para afastar a possibilidade de uma condenação por lavagem. Acrescida então a possibilidade de condenação por autolavagem, verifica-se a facilidade com que esse tipo pode ser utilizado como alternativa em casos onde a autoria do crime antecedente for de difícil comprovação.

Para que se possa aproximar de uma tipicidade ideal e evitar o uso banalizado deste tipo é, então, necessário analisar adequadamente os elementos que o constituem.

Conforme Salvador Neto, desde a elaboração de Welzel a respeito de ação final, criou-se certo consenso em relação aos elementos dogmáticos que compõem o tipo penal.

“Ao menos analiticamente, pode-se atestar, sem maiores objeções, que a tipicidade objetiva é articulada por meio de elementos objetivo-descritivos, objetivo-normativos e objetivo-subjetivos. Ao lado dessa tipicidade objetiva haveria outra subjetiva (tipicidade subjetiva), detentora do dolo e da culpa (elementos subjetivos principais), além de elementos subjetivos especiais [...]” (SALVADOR NETTO, 2010, p. 3)

Adentrando-se um pouco mais no tema, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 106-107) explica que o descobrimento de elementos subjetivos trouxe a ideia de que o tipo de injusto pode depender da vontade do autor e, com o advento da teoria final da ação completou-se a subjetivação do conceito de tipo. Assim, para o autor, a vontade consciente de realizar os elementos objetivos do fato é retirada da culpabilidade para integrar a dimensão subjetiva do tipo legal, como dolo de tipo.

“Assim, embora a ação descrita no tipo constitua uma unidade interna e externa incindível, generaliza-se o modelo de compreensão dos tipos de ação proibida ou mandada nas correspondentes dimensões subjetiva e objetiva, sob as designações simplificadas de tipo subjetivo e tipo objetivo.

Por outro lado, a existência de elementos normativos no tipo legal, identificada por MAYER (por exemplo, o caráter alheio da coisa, no furto) descaracteriza a neutralidade do tipo livre-de-valor, de BELING. Os elementos normativos do tipo legal são elementos próprios da antijuricidade, que integram a tipicidade porque devem constituir objeto do dolo, subordinados, portanto, juntamente com os elementos descritivos, às consequências do erro de tipo. Os elementos normativos do tipo legal são muito mais numerosos do que originalmente se supunha, como demonstrou WOLF, porque mesmo supostos puros conceitos descritivos, como homem ou coisa, são conceitos normativos, ou seja, exigem uma valoração jurídica orientada para a antijuricidade: a extensão do conceito de coisa em relação aos animais e à energia, por exemplo, assim como um juízo sobre a existência (já ou ainda) de um ser humano, como objetos de proteção do Direito Penal, não podem ser reduzidos a elementos meramente descritivos.” (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 106-107)

E é justamente essa dimensão subjetiva que aqui se busca estudar. Afinal, conforme leciona Juarez Tavares (2000, p. 169), o princípio da legalidade, inserido no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, pelo qual se exige uma exata descrição da conduta criminosa tem como finalidade evitar que o direito penal se transforme em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo.

E acresce:

“ A função dogmática normalmente diz respeito à descrição dos caracteres aos quais deve se estender o dolo do agente. Esta função dogmática vem expressada no art. 20 do código penal, onde se lê que o “erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”. A delimitação da extensão do dolo do agente cumpre igualmente a função de fundamentação e graduação do injusto e deve estar associada à imputação. À função dogmática se reserva o papel de esclarecer em que medida e de que forma se deve considerar que determinada conduta ingressa na zona do ilícito.”

Mais especificamente, voltado para o tipo de lavagem, ensinam Badaró e Bottini que uma conduta típica sempre tem como base um comportamento com uma finalidade, ainda que esta não seja mencionada expressamente pelo legislador na redação do tipo penal (2016, p.137).

Esclarecem os autores que se a norma penal se destina àqueles comportamentos dirigíveis por suas determinações, o dolo e a culpa integram o tipo penal, sendo parte constitutiva subjetiva. Por esse motivo, sua verificação é imprescindível.

Assim, conforme Badaró e Bottini, a mera causação do resultado não é relevante, se desacompanhado do elemento subjetivo. Maiores aprofundamentos sobre esse tema, serão tratados no capítulo 3.

1.2 O início do combate à lavagem, a tipificação e a criação do COAF

Adentrando-se no tema da lavagem de ativos, cabe, inicialmente, introduzir que o delito passava praticamente despercebido até meados da década de 80. Assim, a existência da lavagem de capitais como modalidade criminosa tipificada é bastante recente.

Explicam Callegari e Weber (2014, p. 1) que essa tipificação foi consequência da expansão da criminalidade organizada e internacionalizada, uma vez que os governos locais viam-se incapazes de combater os aparatos criminosos que, em muitos casos, superavam os poderes estatais. Os Estados passaram então a atacar o ponto mais delicado da criminalidade, seus ganhos ilícitos, adotando a punição do delito de lavagem como política criminal.

Afirma ainda o autor que, justamente pelo caráter internacional do delito, existem várias convenções e tratados estabelecidos com o fim de combate à lavagem de ganhos provenientes do crime.

No tocante a normatizações internacionais, destacam-se: a Convenção de Viena (1988), ratificada pelo Brasil em 1991; as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (publicadas em 1990); A convenção de Estrasburgo (1990); a diretiva 308/1991 das Comunidades Europeias e a Convenção de Palermo (2000).

Os esforços normativos nos ordenamentos internos dos países também datam da mesma época, a legislação americana, por exemplo, é de 1986, a francesa, de 1987.

O Brasil, por sua vez, entrou nesse processo com a Lei 9.613, de 1998, quase sete anos após a ratificação da Convenção de Viena, que exigiu que os Estados contratantes punissem a lavagem de capitais procedente do tráfico de drogas e adotassem instrumentos eficazes de investigação para o combate ao crime organizado (BONFIM; BONFIM, 2005, p. 24.).

Além de tipificar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, a Lei 9.613/98 estabeleceu medidas preventivas para combater os ilícitos que previa e criou, ainda, o COAF (Conselho de Controle das Atividades Financeiras).

O COAF tem, conforme o artigo 14 desta lei, a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas, coordenando e propondo mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

Assim, o sistema preventivo é fundado na imposição de adoção de espécie de dever de garante a instituições privadas, que ficaram obrigadas a adotar políticas internas que previnam e detectem ações de lavagem, ações de *compliance*, conforme se verá adiante.

O sistema estabelecido pela Lei 9.613 de 1998, trouxe uma mescla de legislações de segunda e terceira gerações; embora apresentasse rol taxativo de crimes antecedentes, abria espaço para qualquer crime praticado por organização criminosa (BONFIM; BONFIM, 2005, p. 24).

2 O TIPO PREVISTO NO ART. 1º DA LEI 9.613/98

2.1 O artigo 1º da Lei 9.613 antes da reforma pela Lei 12.683/2012

Por uma questão metodológica, visando a delimitação temática do presente estudo, optou-se pelo foco no caput do referido artigo, que abarca as principais condutas descritas dentro do que se entende por “lavagem de ativos”, não se pretendendo realizar maiores aprofundamentos relativos às figuras previstas nos parágrafos 1º e 2º, tipos penais subsidiários.

Cabe realizar a análise da Lei anteriormente à reforma, vez que sua razão de ser passa, em grande parte, pela busca de soluções para as deficiências da forma anterior e seu caráter extremamente recente traz desafios ainda pouco explorados pela doutrina, mas possivelmente esclarecidos pelo estudo de suas origens.

Prevvia o artigo 1º, da Lei nº 9.613/1998:

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

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

II – de terrorismo;

II – de terrorismo e seu financiamento;

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

IV – de extorsão mediante sequestro;

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

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337- C e 337-D do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).”

Ensina Luiz Régis Prado que em análise ao texto da lei nº 9.613/98, vigente à época da publicação do livro, 2010, defende que são elementos que constituem o tipo de lavagem a consciência do agente de que o bem, direito ou valor são provenientes, direta ou indiretamente, de crime (procedência delitiva dos bens) e a vontade de ocultar ou dissimular sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade (2010, p. 359-360).

Destaca-se ainda que, uma vez que a Lei nº 9.613/98 previa um número restrito de crimes antecedentes, para que haja adequação de uma conduta ao tipo, seria necessária a demonstração de que o agente teria noção de que os bens, direitos ou valores com que lidou seriam proveniente de um dos crimes arrolados na referida lei e de que agiu com o conhecimento e vontade de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, desse crime.

Assim também se verifica na obra de André Luís Callegari e Ariel Weber, que explicam:

“Ainda que o legislador não tenha feito menção específica no tipo do artigo 1º da lei, quanto ao conhecimento da origem ilícita dos bens, fez menção direta aos crimes dos quais os bens são provenientes. Por isso, só existe a possibilidade do delito de lavagem se o autor dissimula a natureza, origem, localização, disposição dos bens, quando saiba que estes provêm dos crimes antecedentes previstos na Lei. O dolo deve estar dirigido a esta conduta, ou seja, o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude” (CALLEGARI; WEBER, 2014. p. 89).

Os autores ensinam que a conduta do sujeito deve estar dirigida, realmente, à ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade dos bens provenientes dos crimes enumerados na lei de lavagem, o que significa, em princípio, que só é possível o dolo direto nestas condutas.

Callegari e Weber defendem que o sujeito, para cometer o delito de lavagem de capitais, não pode ser indiferente sobre a ocultação ou dissimulação dos bens sobre os quais vai atuar, pois os bens têm que ser provenientes dos crimes expressamente enumerados, o que significa que o sujeito deve atuar com uma finalidade específica.

Tal é, realmente, o entendimento majoritário da doutrina, a qual entende que, uma vez que o legislador condicionou a lavagem de capitais a determinados delitos prévios, é exigível que o agente especificamente conheça qual o crime anteriormente praticado que ensejou os bens ou valores objetos da lavagem.

Conforme o posicionamento de Márcia Mougenot e Edilson Mougenot, não basta, nem mesmo, a compreensão genérica da natureza delitiva do fato do qual derivam os bens, direitos ou valores para que esteja presente o elemento subjetivo do tipo. Ainda que lamentando a posição do legislador, os autores demonstram:

“Nesse sentido deve o agente especificamente conhecer qual o crime anteriormente praticado que ensejou os bens ou valores objetos da lavagem (hipótese do dolo direto, ressalvando-se a explicação já feita quanto ao dolo eventual), e não apenas conhecer a prática de qualquer “crime grave” [...]” (BONFIM; BONFIM, 2005, p. 50).

Mesmo Moro, em seu livro acerca do tema, “Crime de lavagem de dinheiro”, compartilha desse entendimento. Nas palavras do Magistrado:

“Como a lei brasileira não exige explicitamente tal conhecimento específico e, como há uma tendência à divisão de tarefas entre o agente do crime antecedente e o agente

do crime de lavagem, a melhor interpretação ao art. 1º da Lei n. 9.613/98 é aquela em sentido semelhante ao do citado dispositivo da legislação norte-americana. O dolo deve abranger o conhecimento de que os bens e direitos ou valores envolvidos são provenientes de atividades criminosas, mas não necessariamente o conhecimento específico de qual atividade criminosa ou de seus elementos e circunstâncias.

[...]

De todo modo, em vista da existência de catálogo específico de crimes antecedentes, o agente deve acreditar que, pelo menos, está lavando produto de atividade criminal relacionada nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/98.” (MORO, 2010, p.60)

Verifica-se que os autores reconhecem a necessidade da demonstração do dolo, constituído a partir da consciência e da vontade de realização do tipo objetivo, nesse tipo específico, abrangendo a consciência do crime antecedente. A lavagem tem por objeto o produto do crime antecedente, bem como a vontade de, efetivamente, lavar o produto desse.

Esse assunto já foi tema de julgamentos paradigmáticos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

No STJ, destaca-se o julgamento do AgRg no AREsp 328.229/SP, onde o relator, o Ministro Rogério Schietti, explica que: “a conduta, para ser reconhecida como típica, deve estar acompanhada de um elemento subjetivo específico, qual seja, a intenção de emprestar aparência lícita ao lucro do crime antecedente.” (AgRg no AREsp 328229 SP, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/02/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO SUBSUNÇÃO DA CONDUTA DELIMITADA NO ACÓRDÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA ABSOLVER A AGRAVANTE.

1. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal supostamente contrariado na instância ordinária caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF.

2. Os tribunais têm competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre coação ilegal ao seu direito de locomoção.

3. Ainda que a mera ocultação, identificada como a primeira fase do ciclo de lavagem de dinheiro, caracterize o crime descrito no art. 1º da Lei n. 9.613/1998, porquanto o tipo penal não exige, para a sua consumação, as demais etapas para dissimular e reinserir os ativos na economia formal, a conduta, para ser reconhecida como típica, deve estar acompanhada de um elemento subjetivo específico, qual seja, a finalidade de emprestar aparência de licitude aos valores ocultados, em preparação para as fases seguintes, denominadas dissimulação e reintegração.

4. Deve ser reconhecida, de ofício, a impossibilidade de subsunção da conduta atribuída à agravante - receber depósito bancário de R\$ 45,00 de integrante de associação para o tráfico de drogas - ao tipo penal relacionado ao crime de lavagem de capitais, quando tanto a sentença condenatória quando o acórdão recorrido deixam de indicar, minimamente, o intuito da ré de dissimular a origem ilícita do valor recebido ou, ao menos, a aceitação do risco de produzir tal resultado.

5. Agravo regimental não provido. Habeas corpus concedido, de ofício, para absolver a agravante, por não constituir o fato crime de lavagem de dinheiro.

(AgRg no AREsp 328229 SP, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/02/2016)

Nesse julgamento, o Ministro explica que a ação de ocultar deve estar acompanhada de nítida intenção de distanciamento da origem ilícita do valor ou do bem, preparando-o para as fases seguintes, de dissimulação e reintegração. O voto ainda cita, justamente, o importante julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal do qual se tratará adiante.

Ocorre que, no julgamento dos embargos infringentes sextos na AP 470 pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, decidiram os Ministros pelo acolhimento dos embargos infringentes para absolver o embargante, João Paulo Cunha, do delito de lavagem de ativos; justamente por conta de a caracterização do delito de lavagem de capitais depender da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “Nesse contexto, inexistindo prova de que o ora embargante conhecia a procedência ilícita do valor recebido, não há como embasar a sua condenação pelo delito de lavagem de dinheiro proveniente de crimes dos quais ele não foi sequer acusado de haver participado.” (AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, DJe-161 20/08/2014).

De forma mais aprofundada no tema, também faz, a sua análise o Ministro Teori Zavascki. Veja-se:

À luz dessas premissas teóricas, tem-se que os fatos narrados na denúncia – o recebimento de quantia pelo denunciado por meio de terceira pessoa - não se adequam, por si sós, à descrição da figura típica. Em primeiro lugar, porque o mecanismo de utilização da própria esposa não pode ser considerado como idôneo para qualificá-lo como “ocultar”; e, ademais, ainda que assim não fosse, a ação objetiva de "ocultar" reclama, para sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores. Embora conste da denúncia a descrição da ocorrência de crimes antecedentes (contra o sistema financeiro nacional e a administração pública), bem como a afirmação de que o embargante, “consciente de que o dinheiro tinha como origem organização criminoso voltada para a prática” desses crimes, “almejando ocultar a origem, natureza e o real destinatário do valor pago como propina, enviou sua esposa Márcia Regina para sacar na caixa o valor de cinquenta mil reais em espécie”, ela não descreve qualquer ação ou intenção do réu tendente ao branqueamento dos valores recebidos. O que se imputa, a rigor, é o recebimento dos valores referentes ao crime de corrupção passiva, que, pela circunstância de ter sido realizado por interposta pessoa, não pode produzir a consequência de incorporar um crime autônomo, até porque o recebimento indireto da vantagem indevida integra o próprio tipo penal do art. 317 do Código Penal (“solicitar ou receber (...) direta ou indiretamente (...) vantagem indevida”). AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014)

O mesmo atendimento foi adotado pela maioria da turma.

Ementa: Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro.
(AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014)

Caso de grande repercussão também foi tratado na própria ação penal 470 em relação a Duda Mendonça. O publicitário foi denunciado porque, segundo a exordial acusatória, recursos provenientes das contas das empresas de Marcos Valério foram utilizados para realizar pagamentos dos serviços prestados ao Partido dos Trabalhadores através da CEP – Comunicação e Estratégia Política Ltda., de sua titularidade.

A realização dos pagamentos se deu mediante transferências internacionais com a abertura e a utilização de conta aberta em nome de off-shore no exterior. No caso, os valores que a empresa CEP tinha para receber do Diretório Nacional Partido dos Trabalhadores, conforme entendido pelo tribunal, foram licitamente constituídos, por meio de contrato formal de natureza privada, objetivando a prestação de serviços de publicidade, propaganda e marketing político efetivamente prestados em 2002.

Assim, entendeu-se que, ao invés de branqueamento de capitais, o réu poderia estar buscando viabilizar o recebimento de crédito “limpo”, sem conhecer os fatos que serviriam de base para a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

O plenário, por maioria, absolveu o publicitário da acusação de lavagem de capitais, fulminando a pretensão do Ministério Público por conta da ausência da demonstração do tipo subjetivo, do dolo do réu.

Seguem trechos da ementa:

[...] ITEM VIII DA DENÚNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MANUTENÇÃO DE CONTA NÃO DECLARADA NO EXTERIOR. EVASÃO DE DIVISAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, V, VI e VII DA LEI 9.613/1998). INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação e propriedade de valores recebidos não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), se não há prova suficiente, como no caso, de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. Absolvição de JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA) E ZILMAR FERNANDES SILVEIRA, quanto à acusação de lavagem de dinheiro referente aos cinco repasses de valores realizados em agência do Banco Rural S/A em São Paulo (art. 386, VII, do Código de Processo Penal).

[...]

INEXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE QUE OS RÉUS TINHAM CONHECIMENTO DOS CRIMES ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, movimentação e propriedade de valores recebidos não caracteriza o delito previsto no art. 1º, V e VI, da Lei 9.613/1998 (na redação anterior à Lei 12.683/2012), se não há prova suficiente, como no caso, de que os acusados tinham conhecimento dos crimes antecedentes à lavagem do dinheiro. Absolvição, contra o voto do relator e dos demais ministros que o acompanharam, de JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA) E ZILMAR FERNANDES SILVEIRA, quanto à acusação de lavagem de dinheiro relacionada às 53 operações de evasão de divisas (art. 386, VII, do Código de Processo Penal)[...]

(AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014)

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli destaca que, para que se configurasse o crime, previsto no art. 1º, caput, da Lei nº 9.613/98, com a redação anterior à Lei nº 12.683/12, seria necessário que houvesse a ocultação ou a dissimulação da origem ilícita do lucro obtido com a prática de outros crimes, os denominados, na doutrina, de “crimes antecedentes”.

O Ministro também relembra que não existe na legislação brasileira a previsão de lavagem de ativos culposa e a necessidade de prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores para a configuração do delito de lavagem de capitais.

“Como se sabe, o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro é o dolo, não havendo, na legislação pátria, a figura culposa.

Todas as condutas alternativas então previstas no tipo estão intrinsecamente ligadas à intencionalidade de se ocultar ou dissimular o patrimônio ilícito originário de crime antecedente. Mesmo quando se trate da conduta paralela de colaboração (não imputadas ao réu, diga-se de passagem), também se indica a necessidade de prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos ou valores.” (AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014).

Merece destaque, também, o exposto pelo Ministro Lewandowski, que entendeu que Duda Mendonça não havia praticado lavagem de ativos, porquanto a origem lícita de seus créditos, bem como a ausência de comprovação de crime antecedente afastam a incidência do art. 1º, V, VI e VII, da Lei 9.613/1998.

“Diante disso, tenho como claro que DUDA MENDONÇA não praticou o crime de lavagem de capitais, porquanto a origem lícita de seus créditos, bem como a ausência de comprovação de crime antecedente afastam a incidência do art. 1º, V, VI e VII, da Lei 9.613/1998. Relembro, novamente, que o próprio Ministério Público não imputou ao réu o crime de formação de quadrilha.

Em outras palavras, longe de pretender o branqueamento de capitais, o réu buscava viabilizar o recebimento de crédito “limpo”, eis que licitamente constituído, sem conhecer – por óbvio – os fatos futuros que serviriam de base para a denúncia oferecida pelo MP.

Não há, assim, falar, lógica e juridicamente, em lavagem de dinheiro de origem lícita, pois tal assertiva configura uma contradição em termos. Tanto é idôneo o crédito recebido que o réu DUDA MENDONÇA, em 9/9/2005, declarou todo valor recebido e recolheu aos cofres da Fazenda Nacional o montante de R\$ 4,3 milhões de reais de tributos (fl. 58-63 do apenso 119). Esse fato deixa evidenciado, a meu ver, a origem limpa do crédito e reforça, ainda mais, a minha convicção de que o réu não cometeu crime de lavagem de dinheiro.” (AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014)

Aprofundando-se a questão da presunção do dolo e em consideração, especificamente, à possibilidade de dolo eventual, é importantíssimo expor o raciocínio da Ministra Rosa Weber.

A ministra destaca que a causa lícita para o pagamento dá aos acusados José Eduardo e Zilmar Fernandes uma motivação idônea para o recebimento do dinheiro o que gera dúvida sobre a ocorrência de dolo, demonstrando-se, de fato, motivo para a absolvição pelo crime de lavagem.

“Poder-se-ia cogitar que agiram com dolo eventual, cabível no crime de lavagem como já argumentei no exame do capítulo VI da denúncia.

O dolo eventual na lavagem significa que o agente da lavagem, que realiza as condutas de ocultação ou dissimulação, não tem absoluta certeza da proveniência criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos no ato, mas age com ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa.

Aqui há, porém, um elemento diferencial em relação às demais imputações que me levam a não reconhecer prova suficiente do agir doloso, ainda que eventual.

É que, no presente caso e ênfase somente no presente caso, os valores repassados a José Eduardo e a Zilmar Fernandes tinham uma causa lícita, a remuneração pelos serviços prestados pelo publicitário.

Certamente, não se justifica aceitar dinheiro sujo para pagamento de serviço lícito, mas a causa lícita para o pagamento dá aos acusados José Eduardo e Zilmar Fernandes uma motivação idônea para o recebimento do dinheiro. Ainda que não mereça crédito a afirmação deles de que sequer sabiam se tratar de recursos provenientes do “caixa dois”, não encontro na prova elementos suficientes para concluir tivessem eles presente, repito, a elevada probabilidade de que os recursos proviessem de crimes do catálogo do então vigente art. 1º da Lei nº 9.613/1998.

Então há uma dúvida razoável de que teriam agido com dolo, mesmo que eventual, que leva à absolvição de José Eduardo e de Zilmar Fernandes pelo crime de lavagem.” (AP 470 EI-sextos, Supremo Tribunal Federal, Plenário, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-161 20/08/2014)

Acerca desse tema, reforçam Callegari e Weber que, no caso da antiga redação da Lei nº 9.613/1998, a impossibilidade do dolo eventual no delito de lavagem decorre da análise do momento do conhecimento da procedência dos valores obtidos de forma ilícita.

Para os doutrinadores, o conhecimento deve ocorrer no momento da consumação do delito previsto na lei, ou seja, quando o sujeito atua para realizar uma das atividades típicas descritas no verbo do tipo. Isso porque ele tem que saber que os bens procedem de um dos delitos expressamente enumerados na lei e, ainda que se saiba disso antes da realização do delito prévio, só haverá delitos de lavagem quando o sujeito realizar uma das atividades descritas no tipo do art. 1º da lei de lavagem.

“Na legislação brasileira, não se utilizaram as expressões sabendo ou a sabiendas como o fez o legislador espanhol, já que o tipo só faz menção aos termos ocultação ou dissimulação da procedência dos bens, o que permite concluir que nesses casos só cabe o dolo direto. Assim, o autor dos fatos tem que ter o conhecimento absoluto da procedência dos bens, conhecendo com exatidão que estes tiveram sua origem num dos delitos expressamente previstos pela lei e, além disso, sua conduta deve estar dirigida a esta finalidade. Se o sujeito na comissão do delito não tem certeza absoluta, senão que só se representa como provável que os bens têm uma origem delitiva, não se pode condenar pelo art. 1º da lei de lavagem. O artigo exige que o autor dos fatos tenha que atuar com alguma das finalidades previstas legalmente, é dizer, seja a de ocultar ou dissimular a origem criminosa dos bens.” (CALLEGARI; WEBER 2015. p. 90).

É relevante, ainda enfatizar, que mesmo os autores que consideram a possibilidade da utilização de frágeis indícios como medida de incriminação facultativa, a exemplo de Márcia Mougenot e Edilson Mougenot, destacam que:

“para que tal prova indiciária tenha validade, contudo, é necessário que exista uma pluralidade de indícios, que estes sejam plenamente comprovados, que a dedução dela coerente e racional e que a sentença expresse o desenvolvimento lógico que conduza o juiz à referida conclusão.” (2005, p.77).

Assim, resta clara a necessidade de observância do elemento subjetivo do tipo de lavagem previsto no art. 1º, caput, da Lei 9.618 anterior à reforma, com a efetiva demonstração do dolo, vez que isso, tanto para a doutrina, como para a jurisprudência, é fator fundamental para a caracterização do crime de lavagem, sem o qual não há crime.

2.2 A reforma da Lei 9.613/98

Conforme mencionado anteriormente, parte da doutrina, a exemplo de Márcia e Edilson Bomfim, enxergava no arrolamento de crimes antecedentes uma debilidade na redação da lei.

Segundo os citados autores, seria lamentável que o legislador tenha condicionado a lavagem de capitais a determinados e prévios delitos. Essa escolha legislativa apresentaria, então, uma maior dificuldade na repressão desse tipo de delito (BONFIM; BONFIM, 2005, p. 50). No ano de 2010, por sua vez, o previa Moro:

A eliminação do rol apresenta vantagens e desvantagens. Por um lado, facilita a criminalização e a persecução penal de lavadores profissionais, ou seja, de pessoas que se dedicam profissionalmente à lavagem de dinheiro. Tais profissionais não realizam, em geral, grandes distinções quanto à origem e natureza dos bens, direitos ou valores a serem lavados. Por outro lado, a eliminação do rol gera certo risco de vulgarização do crime de lavagem, o que pode ter duas consequências negativas. A primeira, um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente, o que é, de certa forma, incoerente. A segunda, impedir que os recursos disponíveis à prevenção e à persecução penal sejam focados na criminalidade mais grave. As duas consequências negativas são contornáveis. Para a primeira, seria oportuna norma que impusesse proporcionalidade entre a pena para o crime antecedente e a pena para crime de lavagem. Para a segunda, seria importante o desenvolvimento de mecanismos formais e controláveis para viabilizar certa seletividade na prevenção e repressão do crime de lavagem (MORO, 2010, p. 36).

De fato, com a reforma da lei 12.683, com a eliminação do rol antecedente, qualquer crime ou contravenção penal passara a possibilitar a geração de bens passíveis de serem lavados. Com isso, apresentaram-se alguns problemas relativos à vulgarização do crime de lavagem.

Em análise, explicam Badaró e Bottini (2016, p. 98), que a adoção de um rol mais amplo de delitos pretéritos está em consonância com uma tendência internacional de progressiva ampliação da abrangência da lavagem de capitais.

Os primeiros modelos, conforme os autores, eram voltados ao enfrentamento do tráfico de drogas e elencavam apenas este crime como antecedente. À exemplo disso, citam a Convenção de Viena, primeiro documento do gênero a tratar do tema, embora não utilizasse a expressão “lavagem de dinheiro”. Tal normativa previa apenas o crime de tráfico de drogas como antecedente.

Já a segunda geração de documentos internacionais trouxe a recomendação de ampliação desse rol, com a indicação de outros tipos penais passíveis de gerar bens aptos à reciclagem. Expõem os autores que se iniciou, nesse momento, a fase de elaboração de listas taxativas e mais ou menos extensas de delitos precedentes de lavagem.

Badaró e Bottini observam que, internacionalmente, a técnica de elaboração de uma lista fechada de crimes antecedentes foi progressivamente substituída por um modelo de enquadramento legal. Atribuem esse fenômeno à percepção de que o bem jurídico afetado pela lavagem de ativos não se identifica com aqueles lesionados pelo delito anterior, mas vai

além, atingindo a administração da Justiça e a ordem econômica. “Assim, as diretivas internacionais e os órgãos legislativos de vários países optaram por suprimir o rol de antecedentes, substituindo-o por uma moldura penal para fixá-lo” (2016, p. 98).

Essa tendência essa será analisada em capítulo posterior nesse trabalho, à luz de novas decisões de ordenamentos que já passaram por tal processo.

Portugal, por exemplo, lista um conjunto pretensamente taxativo de delitos, mas apresenta uma cláusula geral que inclui como antecedentes todos os fatos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos (368- A, I).

Na mesma linha, a antiga recomendação 01 do GAFI para que os países que optarem pela técnica da moldura penal, incluam “pelo menos, todos os crimes qualificados como graves pelo seu direito interno” ou “infracções puníveis com pena de duração máxima superior a um ano de prisão. Nos países cujos sistemas jurídico-penais contemplem penas mínimas, as infracções subjacentes deveriam incluir todas as infracções puníveis com pena de duração mínima superior a seis meses de prisão”. A atual lista de recomendações faz apenas alusão a que os países devem aplicar a lavagem de dinheiro para todas as “ofensas sérias”, indicando ainda uma restrição ou limitação aos antecedentes com base na seriedade do delito (Recomendação 03) (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 99.).

Com a reforma através da Lei 12.683/98, todas as infracções penais tornaram-se passíveis de funcionar como antecedentes do crime de lavagem. “Não só o legislador abdicou do sistema de rol taxativo, como também deixou de lado o modelo da moldura penal, ao dispor que qualquer crime ou qualquer contravenção podem produzir produtos passíveis de reciclagem” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 99). O critério da fixação de antecedentes na nova lei mostra-se coerente com a ideia de proteção da administração da Justiça, uma vez que o encobrimento do produto de qualquer crime é capaz de afetar o bem jurídico tutelado, independentemente de sua gravidade ou extensão. Ponderam, contudo, Badaró e Bottini que o legislador foi além do razoável, criando uma estrutura normativa pesada demais. A obra cita como exemplo que mesmo delitos como furto, ou contravenções simples, tais como a organização de rifa, se acompanhados de encobrimento dos bens adquiridos, podem ensejar a condenação a penas de 3 a 10 anos de prisão.

A partir dos exemplos dos autores, considerando-se que o tipo de furto traz pena de reclusão, de um a quatro anos e a organização de rifa, punível como mera contravenção, verifica-se que o primeiro problema previsto por Moro, “um apenamento por crime de lavagem superior à sanção prevista para o crime antecedente” (2010, p. 36), acabou, de fato, por acontecer.

Badaró e Bottini procedem então à crítica segundo a qual, sob uma ótica político-criminal, a ampliação do rol de antecedentes promovida pela Lei 12.683/2012 é exagerada.

Os autores relembram a ponderação do Poder Executivo quando apresentou a primeira proposta de legislação de lavagem de capitais, em 1996:

“sem esse critério de interpretação (restrição dos crimes antecedentes) o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo”².

Os autores destacam que, pelo texto legal atual, a situação tida por absurda na exposição de motivos anterior pode ocorrer e que “o mais adequado, do ponto de vista político-criminal, seria seguir a já mencionada recomendação do GAFI para os países que optam por uma moldura penal para os antecedentes, e atrelar a lavagem de dinheiro apenas a crimes graves” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 100).

Outra questão que se pode identificar com a mudança de lei e que é tema central desse trabalho, é relativa à observação do elemento subjetivo do tipo de lavagem, que antes da reforma de 2012, conforme se pôde observar no tópico anterior, era baseado, em grande parte, na existência de um rol taxativo de crimes antecedentes.

² BRASIL. Exposição de Motivos 692/MJ, 1996.18 de dezembro de 1996. Brasília. Item 24. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>

3 O ELEMENTO SUBJETIVO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.683/2012

3.1 A questão do dolo pós reforma

Retomando-se o raciocínio do primeiro capítulo, percebe-se que, em verdade, as justificativas para que se busque uma apreciação mais profunda acerca do elemento subjetivo por parte do julgador vão muito mais além do que a mera existência de um rol taxativo de crimes antecedentes.

Inicialmente, destaca-se, então, a explicação de Badaró e Bottini:

Os autores explicam que uma conduta típica sempre tem como base um comportamento com uma finalidade, ainda que esta não seja mencionada expressamente pelo legislador na redação do tipo penal (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p.137). Portanto, se a norma penal se destina àqueles comportamentos dirigíveis por suas determinações, o dolo e a culpa integram o tipo penal, sendo parte constitutiva subjetiva. Dessa forma, sua verificação é imprescindível.

Conclui-se, então, que a mera causação do resultado não é relevante, se desacompanhado do elemento subjetivo.

Os autores prosseguem defendendo que a tipicidade da lavagem de ativos é composta por elementos objetivos e subjetivos, sendo que o elemento subjetivo nuclear do crime em questão, no Brasil, se limita ao dolo, não existindo previsão de forma culposa, consciente ou inconsciente. Assim, para os autores, uma vez que apenas o comportamento doloso é objeto de repreensão, não basta a constatação objetiva da ocultação ou dissimulação. “É necessário demonstrar que o agente conhecia a procedência criminosa dos bens e agiu com consciência e vontade de encobri-los. (2016, p.137).

Em decorrência desse raciocínio, têm-se que “a exigência da constatação do dolo na lavagem de dinheiro constitui importante garantia de imputação subjetiva, que afasta qualquer hipótese de responsabilidade objetiva a seara penal” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p.137). Badaró e Bottini destacam, assim, que mesmo que determinado indivíduo tenha determinadas atribuições sobre alguma esfera de uma organização, somente poderá ser responsabilizado por crimes de lavagem cometidos dentro dela se for demonstrada sua relação psíquica com esses fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar para sua realização.

Por isso, destacam:

“o dolo não se presume, mas se prova. É comum a referência em documentos internacionais à possibilidade de comprovação do dolo por elementos objetivos, como na antiga Recomendação 2 do GAFI, que previa expressamente a “possibilidade de o elemento intencional (dolo de lavagem) ser deduzido a partir de circunstâncias factuais objetivas”.

Realmente, não há outra forma de demonstrar o dolo a não ser por meios objetivos, como provas testemunhais, gravações telefônicas, documentos apreendidos, dentre outros. Mas admitir a comprovação do dolo a partir de circunstâncias objetivas não significa afastar seu caráter subjetivo. Os elementos de prova são apenas um meio para demonstrar a existência de uma relação psicológica do agente com a realidade delitiva.” (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p.138-139.)

Para maiores aprofundamentos no tema, cabe estudar a forma como essas questões são tratadas em outros ordenamentos e, então, verificar o modo como isso tem sido aplicado no Brasil.

3.2 As discussões no ordenamento espanhol

Interessante realizar breve estudo de direito comparado, destacando algumas discussões oriundas do sistema penal espanhol, uma vez que este é um ordenamento ao qual a doutrina se remete com frequência ao realizar a tradução de figuras de common law para a realidade brasileira.

Assim sendo, é válido tratar das pertinentes observações do Professor titular de Direito Penal da Universidade da Salamanca, Eduardo A. Fabián Caparrós, acerca dos problemas interpretativos que circundam a questão da imprudência na lavagem de capitais dentro do ordenamento jurídico espanhol.

Inicialmente, expõe-se o texto do tipo de lavagem dentro do sistema espanhol, consistente no artigo 301 de seu Código Penal:

“Artículo 301.

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

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.”³

Salta aos olhos, prontamente, uma importante diferença da posição assumida pelo legislador espanhol em relação à adotada no Brasil: O ordenamento espanhol criminaliza, expressamente, aquele que comete atos de lavagem por imprudência grave; abre-se então, a possibilidade de persecução da conduta culposa.

Eis que, apesar da expressão legal dessa possibilidade, existem amplas discussões na doutrina espanhola acerca do estudo do dolo no crime de lavagem. Interessante perceber que a previsão legal, nesse caso, data de 1995, dispondo a Espanha de discussões mais antigas sobre o tema do que o Brasil, que ainda debate em seus tribunais superiores inúmeros casos sob a égide da Lei antiga, uma vez que a lei atual é extremamente recente.

Conforme explica Caparrós, o delito de lavagem, em sua modalidade imprudente, é dotado de uma estrutura estranha ao sistema jurídico espanhol (2011, p. 131-158). Destaca-se a consagração da técnica de criminalização de condutas culposas disposta no artigo 12 do Código Penal Espanhol: “*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

Importante notar a semelhança com o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal brasileiro, que determina que “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”⁴.

Aponta Caparrós que a mera existência do artigo 301.3 do Código Espanhol já cumpre, formalmente falando, a exigência do artigo 12, contudo, transfere para o operador jurídico a obrigação de realizar um esforço interpretativo semelhante aos exigidos por cláusulas gerais (2011, p. 131-158.).

³ ESPANHA. Código Penal Espanhol, Lei nº 10/1995. Disponível em: <<http://2ni2.com/juridico/penal/codigopenal.htm>> Acesso em 05/07/2017.

⁴ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>

O autor passa a uma crítica à carga subjetiva da redação, que gera questionamentos acerca da própria possibilidade de cometimento culposo de “los hechos” a que se refere o artigo 301.3.

Sin embargo, la carga subjetiva que contiene la redacción de tales apartados limita la posibilidad – si no la impide, a juicio de algunos – de que esos actos puedan cometerse culposamente. Como ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo – poniendo con ello de relieve los dos grandes escollos de carácter subjetivo a los que se enfrenta la aplicación del art. 301.3 –, esta figura “no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación” (STS 924/2005, de 17 de junio apud FABIAN CAPARRÓS, 2011.)

O autor ressalta o problema do artigo 301.3 que se refere aos feitos dos pontos 1 e 2 do mesmo artigo, os quais, claramente, exigem o conhecimento da origem delitiva dos bens. Para Caparrós, isso não seria facilmente conciliável com a ideia de imprudência. O artigo traz o entendimento de sentença do Tribunal Supremo espanhol, de 17 de junho de 2005, segundo o qual o artigo 301.3 introduz “*un factor culpabilístico que no deja de chocar y confrontarse con la redacción del texto, que se refiere reiteradamente a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes*”. Por ello, no debe de extrañar que haya quienes piensen que el art. 301.3 es, pura y simplemente, inaplicable.” (STS 924/2005, de 17 de junio apud FABIAN CAPARRÓS, 2011).

Interessante perceber que a suprema corte do país, tendo aplicado uma lei de terceira geração há mais de duas décadas, apesar de contar com a explícita previsão legal do artigo 301.3 para punir modalidade culposa do crime de lavagem, reconhece a dificuldade de conciliar a imprudência e o crime de lavagem.

Caparrós expõe então que, apesar dessa dificuldade, majoritariamente, na Espanha, se tende a realizar uma interpretação corretiva da norma, coerente com o que se entende que seria a vontade do legislador. A interpretação seria a de que a atuação imprudente a que se refere o artigo 301.3 é aquela em que o sujeito ignora a origem ilícita dos bens por ter descumprido espécie de dever objetivo de cuidado exigido pelo artigo 301.3. O autor então informa que foi esse ângulo interpretativo da norma que permitiu numerosas condenações por “*blanqueo negligente*” nos anos que antecederam a produção de sua obra.

Seria a posição majoritária da jurisprudência espanhola pelo entendimento de que a imprudência não apenas recai sobre a forma como se produz o feito, mas também sobre o conhecimento da natureza delitiva dos bens (FABIAN CAPARRÓS, 2011, p. 131-158.)

Para Caparrós, a compreensão desse importante aspecto seria o que permite estabelecer uma pauta hermenêutica de restrição do tipo, que redundaria no princípio da intervenção mínima.

Por uma questão de coerência, o ordenamento espanhol então exigiria uma negligência grave para criminalizar a lavagem, para Caparrós, a consequência disso seria o afastamento do âmbito penal das condutas de imprudência leve, descartada também a aplicação da norma quando se considerar que o comportamento do sujeito se deu por dolo eventual (caso em que o autor considera possível a aplicação dos artigos 301.1 e 301.2).

O professor afirma que a jurisprudência espanhola já aceita o dolo eventual nos delitos de lavagem há bastante tempo. A partir disso, destaca a necessidade de determinar quando se procede a qualificação do dolo eventual e quando se deve apenas apreciar a imprudência grave. Para ele, poder-se-ia determinar a diferença entre os dois a partir dos critérios clássicos, consentimento e probabilidade: restringindo-se a questão à determinação da origem dos bens, cometeria lavagem dolosa quem, prevendo ex ante sua origem delitiva, aceita a realização de operações sobre os mesmos ou as realiza consciente de que existem grandes chances de que realmente sejam produto de crime.

Caparrós abre, contudo, a seguinte observação: no caso do delito de lavagem, a interpretação da norma é derivada de uma construção de origem anglo-saxã, (*willful blindness*). Como destaca a doutrina de seu país, em alguns casos essa forma de agir seria comparável ao dolo eventual, na medida em que o agente realiza um esforço para desconhecer a procedência ilícita dos bens enquanto existem elementos suficientes para deduzi-la.

Sem a pretensão de se exaurir a discussão do tema em relação ao ordenamento espanhol, é bastante interessante, contudo, perceber a ebulição e a profundidade das discussões sobre o elemento subjetivo no tipo previsto no código deste país. Tendo sido inserida, até mesmo, a possibilidade da criminalização da conduta culposa, a doutrina, em consonância com uma interpretação que impeça a banalização do tipo, ainda discute a sua aplicabilidade. Essa percepção traz questões acerca do movimento de intensificação da punição dos crimes de lavagem no país, se esse caminho não pode levar a uma posterior necessidade de retrocesso nesse sentido.

3.3 A resposta italiana ao dolo eventual e suas lições para o Brasil

Acerca da questão do dolo eventual, é interessante estudar o que nos ilustra Silveira a partir de um estudo comparado baseado na análise do caso ThyssenKrupp, decidido no Tribunal Supremo italiano.

Na tragédia grega de Sófocles, é relatada a ameaça posta no enigma da Esfinge a Édipo: “decifra-me ou devoro-te.” Em termos de uma análise jurídico-penal, poder-se-ia, muito bem, fazer um paralelo dessa construção com o atual cenário visualizado com os institutos do dolo e do dolo eventual. Estes, foco das maiores dúvidas sobre o elemento subjetivo penal, também guardam um enigma, um verdadeiro mistério, que ainda espera resolução. Diz ele respeito ao iminente perigo do próprio Direito Penal consumir quem não proponha uma adequada saída. De fato, parece ser fundamental, visando à estrita segurança jurídica, a apresentação de algumas definições, sob o risco dele próprio também vir a devorar outras tantas construções penais bem mais elaboradas. Isso é ainda mais preocupante em uma realidade como a nacional, na qual o conceito do dolo se mostra bem mais hermético do que em outros países (SILVEIRA, 2016a.).

Silveira destaca que em que enquanto mostrou-se pequena a consideração da doutrina nacional a respeito da fronteira do dolo eventual e diversas considerações sobre o dolo simplesmente não estariam sendo devidamente trabalhadas, no decorrer do século XX, fora do país, se pôde observar um gradual afastamento das considerações volitivas e cognitivas.

O que seria curioso é que, mesmo com esse processo, na análise do mencionado caso, a Corte de Cassação italiana, bastante preocupada com interpretações extensivas do dolo eventual, traçou caminho inverso e assumiu uma posição radical, retornando, aparentemente, aos preceitos volitivos.

Estimulado pela proximidade e paralelismo codificado entre o ordenamento italiano e o brasileiro, Silveira avalia essa questão.

Um dos pontos desenvolvidos, mas menos cuidado e analisado, ao menos sob a óptica nacional da chamada teoria do delito, no entanto, tem sido, justamente, o relativo ao entendimento sobre o elemento subjetivo do tipo, vale dizer, ao dolo e a culpa. Mais particularmente, a zona fronteira entre dolo eventual e culpa consciente mostra-se absolutamente problemática, sendo vista, não raras vezes, como um mistério ou enigma. Tendo-se em conta que o tipo penal é formado por uma parte objetiva e por outra subjetiva, lastreou-se todo o escopo de importância também do chamado tipo subjetivo. Navegando em um mar bastante rebelde de considerações ligadas à escolha consciente, à vontade e aos meandros volitivos, ou aos aspectos cognitivos, indo a considerações normativas ou, mesmo, ligadas a uma filosofia da linguagem, muitas podem ser as opções. Estas, no entanto, têm, sem dúvida, o condão de verdadeira caracterização de tipicidade. (SILVEIRA, 2016a.)

Silveira retoma, brevemente os ensinamentos de Roxin, que menciona que durante muito tempo o dolo foi visto como um elemento puramente descritivo. Para Roxin, no finalismo, o dolo se deve a dados estruturais do ser; as noções de conhecer e querer se

colocam em lastros psíquicos, desprovidas de outras análises. Destaca Silveira, contudo, que o significativo avanço das construções referentes ao dolo, e mais particularmente, ao dolo eventual, no entanto, têm modificado esse estado de coisas.

Primeiramente, o autor levanta que o sistema clássico do delito representou, em certa medida, um retorno ao dualismo objetivo e subjetivo. Silveira, entende que, essa situação não está tão presente quanto necessária no cenário de discussões dogmáticas no Brasil. A obra traz a ideia de que é difícil a definição do dolo eventual, buscando definir suas fronteiras e levar seu estudo além das ideias de ânimo e cognição.

Silveira traz breve descrição da moldura de percepção do dolo presente em alguns ordenamentos estrangeiros:

Assim, por exemplo, o § 15, do Código penal alemão, estabelece que a ação dolosa só é punível quando a lei não faça expressa menção à ação culposa. Ao mesmo tempo, o § 16, do mesmo estatuto, prevê, ao mencionar o erro sobre as circunstâncias do fato, que quem, na comissão de um fato, não conhece uma circunstância do tipo penal, não atua dolosamente. Em similar orientação, o art. 5.º, do Código Penal espanhol, não define conceitualmente o que venha a ser dolo, expressando, unicamente, que não há pena sem dolo ou imprudência. De outra sorte, o art. 42, do Código Penal italiano, fonte maior da inspiração nacional, estabelece que ninguém pode ser punido por uma ação ou omissão, se não a pratica com consciência e vontade. E, assim, tem-se que ninguém pode ser punido por um fato previsto em lei se não o pratica com dolo, salvo em casos de delitos preterintencionais ou culposos expressamente previstos. Já o art. 43, do mesmo estatuto, completa a ideia, estabelecendo que o delito é doloso, ou intencional, quando o evento, danoso ou perigoso, resultado da ação ou da omissão da qual a lei faz depender a existência do delito, é previsível e querido pelo agente. Entende, ainda, por crime culposo, ou contra a intenção, quando o evento, ainda que previsível, não é querido pelo agente e se dá por negligência, imprudência ou imperícia, ou por inobservância de lei, regulamento ou ordem. Em linha bastante similar a esta última dicção, o Código Penal brasileiro prevê, em seu art. 18, que considera-se crime doloso, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo,” e culposo, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.” (SILVEIRA, 2016a.).

O autor então realiza um pequeno apanhado histórico do estudo do dolo, realizando um apanhado da evolução do conceito para construir base para a definição do dolo eventual. O autor, então, se atem às formulas de Frank (PROSDOCIMI, 1993 e RAGUÉS I VALLÈS, 1997 apud SILVEIRA, 2016a), que no contexto do século XIX, na Alemanha, onde a jurisprudência sustentava que o dolo equivaleria a um conhecer e querer determinado resultado, verificou que a representação de um resultado possível só constitui dolo se ela não venha a inibir o autor de praticar o fato. A primeira fórmula de Frank, inicialmente apresentada em 1890, traz a ideia de que somente haveria dolo (eventual) se o agente fosse capaz de prever o resultado como seguro; o sujeito age com consentimento necessário para o

dolo eventual quando, prevendo a possível realização do tipo, atua igualmente como se a tivesse previsto como segura. Esse entendimento, segundo Silveira, sofreu inúmeros ataques, principalmente por parte de Von Liszt.

Silveira explica que então, além das teses relacionadas a figura da vontade, passou-se a buscar noções vinculadas a representação. Com a 3ª edição do Tratado de Von Liszt, difunde-se pelo mundo a ideia de que o “dolo é a previsão do resultado da ação, ou da representação da causalidade do fazer ou do omitir.” (2016a). Silveira aponta que essa visão ganha, de certa forma, até mesmo, a adesão de Frank, que para abandonar a ideia de “querer o resultado”.

O autor aborda então a segunda Fórmula de Frank, segundo a qual o dolo eventual “se apresenta com uma particular relação psíquica, na qual o autor afirma que aconteça o que acontecer, ele atua.” (PÉREZ BARBERÁ, 2007 *apud* SILVEIRA, 2016a).

Pode-se, assim, entender que em um primeiro momento, no que se denomina de primeira Fórmula de Frank, afirmava-se uma adesão particular às noções de consentimento e vontade, chegando-se a mencionar que dever-se-ia imaginar a ocorrência de dolo eventual quando, havendo a anterior previsão da possibilidade lesiva por parte do autor, este deveria ser responsável pelo mesmo a título doloso. As dificuldades dessa construção motivaram, inclusive, a elaboração do que se teve por segunda Fórmula de Frank, fincada na ideia de que existe o dolo quando o sujeito, representando como possível a realização do tipo, afirma que, independente do que possa ocorrer, irei eu atuar. É esse o momento que a noção de uma representação emocional-volitiva ganha um significativo destaque, consubstanciando o que se entendeu por teoria do consentimento. De qualquer modo, essas constatações foram, como destaca Roxin, significativamente marcantes, a ponto de, até hoje, influenciarem grande sorte de entendimentos jurisprudenciais, e tendo a capacidade e promover, inclusive, as novas leituras italianas (ROXIN, 1997 *apud* SILVEIRA, 2016a.).

Conforme Silveira, a habitual crítica à primeira fórmula de Frank é que ela tinha a capacidade de gerar uma ampliação da percepção do dolo, podendo conduzir a uma certa leitura de um Direito Penal de autor. O autor observa que a partir dos anos 1950, passa-se a vincular o dolo não apenas aos aspectos volitivos, mas também aos intelectivos. Assim, a vontade do agente foi perdendo sua importância frente a uma consideração mais própria do que se poderia ter pela aceitação do risco.

Em sentido diverso, outros autores teriam passado a entender que “a definição ideal do dolo se daria em situações em que se verifica a concorrência de um grau de culpabilidade suficiente para entender que o autor de um delito é merecedor de uma pena relativa a delito doloso” (SILVEIRA, 2016a). Silveira sintetiza que a teoria da probabilidade entende que a distância entre o dolo e a culpa se dá em função da probabilidade de ocorrência

do resultado danoso; se a ocorrência era provável, a imputação deveria ser dolosa, se improvável, culposa.

Enfim, com a consagração do finalismo e das estruturas propostas pelo já citado Welzel, tem-se que:

[...] o caráter final da ação humana e a autodeterminação conforme a culpabilidade, acabam por definir o próprio sentido do tipo penal. Ao transmigrar a avaliação de dolo e culpa da culpabilidade à tipicidade, Welzel, ainda que inconscientemente, deu enorme poder discricionário ao conceito de dolo eventual, o qual resultou, ainda mais, carecedor de maiores definições (PORCIÚNCULA, 2015 apud SILVEIRA, 2016a).

Assim, para Silveira, o dolo eventual é um metaconceito que explicita uma teoria própria do dolo eventual, que pode ser verificada com facetas da teoria da probabilidade, da possibilidade e em uma teoria do consentimento.

Se é verdade que as noções de vontade ainda guardam importância, para Silveira, a única forma real de vontade parece ser a intencionalidade e essa máxima que pode servir para a definição do dolo direto, tanto na Itália, quanto no Brasil, pode ser vista com cautela na busca da avaliação do dolo eventual.

Expõe o autor, que o código penal brasileiro dispõe a vinculação do dolo eventual com a assunção do risco de produzir o resultado danoso, enquanto o italiano é silente sobre o assunto. Silveira aponta, contudo que, uma vez que o ato volitivo não pode ser avaliado em termos distintos do ato cognitivo, deu-se a busca por outro referencial.

Com isso, o crescimento e alargamento observado em relação às teorias relativas ao dolo eventual é tremendo. Entre outros, além de Kaufmann, Roxin e Schröder, seria de se ver a verificação objetiva do risco, de Frisch, ao aperfeiçoamento normativo da probabilidade, em Jakobs, passando pelas construções de Herzberg, Schroth, Hassemer ou Puppe, enfim, um incontável número de proposições. No entanto, e talvez resgatando a premissa da Navalha de Ockham, a jurisprudência, em diversos países, acaba por preferir leituras menos elaboradas. Parece ser o caso, além do Brasil, também da Itália (DONINI, 2012 et al *apud* SILVEIRA, 2016a).

Para Silveira, contudo, existe uma perda de referencial que parece ser global, percebendo-se uma variedade de teorias de todos os sabores. O autor, inclusive, levanta a possibilidade de ser esse estado de coisas que justifica a colocação do reconhecimento do dolo e da culpa como conceitos volitivos e não indício de valoração de uma ideal construção. Silveira entende que esse tipo de abstração “no entanto, despregando-se, quase que por completo, de uma avaliação fincada em um modelo descritivo como se verifica em Códigos Penais como o brasileiro, ou o italiano, levaram a um movimento reverso de percepção”

(SILVEIRA, 2016a). Para ele, isso não significa, que as considerações normativizadas se mostrem equivocadas, mas, frente à dificuldade de aceitação de alguns de seus predicados por parte da jurisprudência, talvez outro referencial se mostre mais adequado.

Após essa discrição histórica, o autor passa a uma importante discussão sobre o caso ThyssenKrupp, julgado pela Corte de Cassação italiana e, embora não trate de caso de lavagem, é extremamente relevante para que se possa aprofundar o entendimento do conceito de dolo eventual. Sendo o sistema italiano tão similar ao brasileiro, a partir desse entendimento, pode-se adentrar mais especificamente em recentes julgados sobre o tema no Brasil.

Sobre o caso:

Em uma recente decisão de 2014, a Corte de Cassação italiana julgou o caso ThyssenKrupp, dando verdadeiro giro Copérnico acerca do entendimento do dolo eventual. Tratava-se da análise da situação vivida em Torino, em 2007, na fábrica de ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., na qual um incêndio havia consumido a vida de 7 operários. Em um primeiro momento, verificou-se o posicionamento de condenação dos dirigentes e administradores delegados da empresa, os quais teriam atuado com dolo eventual em relação aos fatos. Entretanto, houve verdadeira reviravolta nesse entendimento em instância superior, a qual afirmou por uma necessária distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá em termos estritos vinculados à vontade do agente.

Em termos bastante sintéticos, o que fez a Corte de Cassação, em uma bastante alongada exposição teórica de mais de cinquenta páginas, foi afastar qualquer consideração normativa do dolo eventual e afirmar, textualmente, que também ele é (pela própria consideração conceitual como dada no art. 43, do Código Penal italiano) vinculado sempre à vontade do agente. Em suas próprias palavras, a correta chave de leitura da questão somente poderia ser vista em sede de culpa consciente. Com isso, como recorda Fiandaca, pretendeu-se, em última análise, uma limitação do fenômeno de expansão aplicativa do dolo eventual. Inserida em uma perceptível mudança de política penal judiciária, segundo a qual se intentava, desde algum tempo, estabelecer critérios de prevenção geral, clarificando as distinções entre dolo e culpa, talvez, e mais fundamentalmente, no campo do Direito Penal de Trânsito, parece ser necessária uma certa avaliação daquela decisão.

Em primeiro lugar, ela se funda, aprioristicamente, em uma interpretação literal do art. 43, do Código Penal italiano. Como já se viu, segundo a sua dicção, tem-se, em sentido bastante próximo ao verificado no Brasil, que existiria um intrínseco caráter volitivo no conceito de dolo. Ele, verdadeiramente, se imiscui com a noção de intenção, ou o animus do agente (SILVEIRA, 2016a).

Ressalta Silveira que, a Itália, assim como o Brasil, tem, ao longo dos anos recentes, variados entendimentos jurisprudenciais sobre o dolo eventual. Para o autor, o caso ThyssenKrupp trouxe sentença com a finalidade claríssima de afastar implicações normativas acerca do dolo. Se depreende da obra que o Tribunal parece ter retomado conceitos próprios da primeira fórmula de Frank, tais como noções de consentimento e vontade – como se viu anteriormente, pode-se “imaginar a ocorrência de dolo eventual quando, havendo a anterior

previsão da possibilidade lesiva por parte do autor, este deveria ser responsável pelo mesmo a título doloso. Nunca antes” (RONCO, 2014 *apud* SILVEIRA, 2016a).

Silveira cita o entendimento de Garofoli, segundo o qual os juízes da Corte acabaram por estabelecer a necessidade da prova do dolo, que deve guiar o órgão julgante na aferição da culpa. Para Silveira, a decisão estabeleceu elementos indicatórios da presença do dolo eventual “os quais poderiam ser vistos como o grau de periculosidade da conduta e a probabilidade de verificação do evento danoso; a característica da arma ou a parte do corpo golpeada; o grau de desvio da conduta conforme o dever de cautela; a duração da conduta etc.” (PUPPE, 2014 *apud* SILVEIRA, 2016a.). Para o autor, o mesmo ocorre em função dos elementos normativo-volitivos referentes à personalidade do imputado,

Silveira defende que o Tribunal realizou mera utilização dos indicadores do dolo eventual para, simplesmente, verificar as condições postas pela Fórmula de Frank, abandonando as fórmulas dogmáticas mais comumente em uso para buscar porto seguro em velhas definições. A obra aponta como explicação mais simples para isso o fato de que o grau de abstracionismo das construções sobre o dolo eventual atingiu nível exacerbado de abstração.

Silveira destaca como razão do incômodo doutrinário com a decisão o simples desprezo e afastamento de décadas de novas teorias em termos normativos do dolo. O autor entende que tal afastamento talvez se justifique pela própria dificuldade dos magistrados de incorporar vários desses conceitos.

Mas o que parece incomodar autores como Romano é o fato de ter-se olvidado que uma aceitação de perspectivas em relação ao risco (como, aliás, faz o Código Penal brasileiro), não chega a ser antivoluntarista. A vontade, seria, pois, nesse caso, e sob essa perspectiva, ínsita à assunção do risco, o que parece ter sido ignorado pela decisão. Na realidade, imaginando-se que a avaliação sobre o risco é presente até mesmo em considerações sobre a própria culpa (consciente), pareceria necessária sua avaliação também em relação ao dolo (eventual), e isso evidenciaria possivelmente um dos grandes pecados da decisão.

Silveira então destaca a importância de se ter em conta que um dolo eventual é menos grave que um dolo direto e isso se justifica com certa base volitiva. Para o autor, contudo outros institutos também devem operar nessa equação. “Mesmo que seja correto afirmar que o dolo (eventual) ainda se mostra de forma ambígua e que seu enigma ainda não é de todo resolvido, resulta interessante verificar os passos que são dados em uma dimensão tão próxima à nacional.” (RONCO, 2014 *apud* SILVEIRA, 2016a).

Conclui o autor afirmando que a “nova resposta italiana” é um retorno às análises fundadas majoritariamente na vontade do agente, indo ao encontro da primeira fórmula de Frank. Isso, para Silveira limitaria em demasia a abrangência do dolo eventual, sendo de se indagar se essa construção seria válida para todos os casos do espectro jurídico-penal. O autor enfatiza a preocupação do judiciário italiano na limitação de até onde se pretende ir nas fronteiras do dolo eventual e que essa discussão deve ser levada em conta no momento que vive o Brasil, onde tanto se prega uma expansão da utilização desse instituto.

Silveira recorda que o art. 18, I, do Código Penal brasileiro, vai além da previsão italiana, e destaca textualmente, a noção de risco. Por conta desse fator, não seria possível, na perspectiva nacional, que se baseasse o dolo unicamente no risco. Contudo, o querer o resultado poderia mostrar-se como indiciário do “assumir o risco da produção do resultado”. O autor questiona se essa assunção do risco poderia ser vinculada a um elemento volitivo. Ao se seguir o exemplo italiano, para Silveira, a resposta seria sim, mas isso seria assumir suas inegáveis limitações e esse seria um passo para uma pretensa maior rigidez interpretativa do dolo eventual.

Contudo, e é obrigatória a constatação, a quarta verificação não pode descartar a crítica de vários autores no sentido de que ao estipular novos critérios indicadores da vontade (no Brasil, seria de se dizer critérios volitivos indicadores da possibilidade de criação do risco), a decisão peca por voltar ao abstracionismo normativista. Em outras palavras, para se sustentar, como se fez na Corte de Cassação, pela prevalência, em dias do séc. XXI, da Fórmula de Frank, é fundamental que se conheça todo o espectro da teoria do dolo atual. Ou seja, nem mesmo para se sustentar o dolo volitivo pode-se negar, ou ignorar, o dolo normativizado. E nesse sentido, a cópia do exemplo peninsular parece problemática em um Brasil que resiste, justamente, ao debate das construções normativistas. Frisa-se: somente a partir do conhecimento de todas as possibilidades de aplicação do dolo, é que se pode pretender possível uma escolha. Nunca antes.

Nesse sentido, defende Silveira que esse tema passe a ser amplamente discutido em sede da teoria do delito em termos nacionais.

A partir de todo o exposto, fica clara a necessidade desse debate e, no decorrer desse trabalho, se busca, justamente realizar tal apreciação dentro do tipo de lavagem.

3.4 A extensão da aplicação do dolo eventual e o dever de *compliance*

Diante desse estudo, pode-se começar a avaliar quais as situações em que seria possível a aplicação do dolo eventual no âmbito da lei de lavagem no Brasil.

Bottini coloca o dolo eventual como possuindo a seguinte definição: “É o elemento subjetivo que acompanha o agente que suspeita da origem ilícita dos bens com os quais trabalha, mas não tem certeza sobre tal fato.”. Assim, para o autor, está praticando lavagem de ativos dolosamente (com dolo eventual) aquele sujeito que, por exemplo, envia ao exterior para uma offshore valores não declarado sobre os quais exista fundada suspeita de origem criminosa (BOTTINI, 2015, p.9.)

O autor faz um alerta para que não se expanda demasiadamente o dolo eventual. Para ele, ainda que essa modalidade de dolo não exija vontade de resultado e da ciência plena da origem ilícita do bem, não deixa de estar presente uma exigência de consciência concreta do contexto no qual se atua. Bottini destaca a necessidade de uma percepção clara das circunstâncias, devendo-se averiguar se o agente percebeu o perigo de agir e se assumiu o risco de contribuir para um ato de lavagem. “A mera imprudência ou desídia não é suficiente para o dolo eventual.” (BOTTINI, 2015, p. 9)

Assim, para Bottini, seria possível evitar a responsabilidade por lavagem de capitais por dolo eventual a partir da demonstração de que o agente de uma instituição bancária não percebeu a estranheza ou suspeita da operação.

Um ponto que o autor passa a abordar é que parte da doutrina e da jurisprudência nacional começou a equiparar o instituto da cegueira deliberada (willfull blindness) ao dolo eventual. A partir dessa construção desenvolvida nos Estados Unidos se pode reconhecer o dolo na prática de crime de lavagem não apenas nas hipóteses de dolo direto ou eventual, mas também quando o sujeito cria conscientemente uma barreira institucional para evitar que qualquer característica suspeita sobre os bens chegue ao seu conhecimento.

Bottini reconhece que a aplicação desse instituto pode ser um importante meio para que se evite a impunidade, contudo, destaca que a sua aplicação desmedida pode gerar distorções, ampliando a responsabilidade penal de dirigentes de instituições que deleguem a setores especializados a tarefa de identificar transações suspeitas. O autor destaca que esse instituto, em certa medida já tem sido aplicado no Brasil.

Destaca como ressalva, contudo, que mesmo para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, ainda se fazem presentes alguns requisitos: é essencial que as barreiras ao conhecimento sejam criadas consciente e voluntariamente, especialmente com essa finalidade. Com a observação desse aspecto, claramente, não se pode confundir a otimização da organização funcional de uma empresa com instrumentos de cegueira deliberada.

Assim, como resultado da nova redação da Lei de Lavagem e da interpretação alargada do dolo eventual e sua equiparação à *willful blindness*, uma importante figura é o *compliance*. Conforme nos esclarece Bottini (2015), tanto a comunidade internacional como as autoridades nacionais foram levadas ao desenvolvimento de políticas de isolamento do agente de lavagem de ativos a partir da percepção de que essa é a melhor forma de combater o crime organizado. Buscou-se então, cada vez mais, implementar políticas que envolvessem entidades, profissionais e instituições privadas no combate a reciclagem de capitais.

Em decorrência disso, conforme o autor, tanto a comunidade internacional como inúmeras legislações internas dos países têm desenvolvido mecanismos específicos para obrigar empresas e profissionais atuantes nos setores entendidos como sensíveis a colaborar com a prevenção ao crime de lavagem, impondo-lhes o dever de registrar atividades de clientes e comunicar ações suspeitas às autoridades públicas.

Bottini destaca a ocorrência de uma “perda da centralidade estatal na prevenção do crime” (SILVEIRA, 2012, et al *apud* BOTTINI, 2015) que impõe àqueles que atuam em setores sensíveis o ônus de cumprir deveres de vigilância e registro cujo descumprimento pode acarretar sanções administrativas e penais.

Contudo, o artigo frisa que o simples descumprimento das regras de cuidado é insuficiente para que haja uma imputação, mesmo a título de participação. Destaca-se que permanece necessária a comprovação do elo entre esse descumprimento e a causação do resultado. Ademais, permanece a exigência da demonstração de que o agente tinha dolo de lavagem de dinheiro. “A violação da norma de cuidado, por si, é suficiente para sujeitar este agente às sanções administrativas previstas na Lei de lavagem, mas não para caracterizar a participação penalmente punível.” (BADARÓ e BOTTINI, 2012 *apud* BOTTINI, 2015.). Para que isso ocorra é indispensável que se averigüe se o descumprimento da norma contribuiu, de fato, para o mascaramento, além do dolo do agente de colaborar.

Dentro desse raciocínio, impossível deixar de explorar a possibilidade de criminalização por omissão imprópria. Tal caso, para Bottini, somente é possível nos termos do artigo 13 § 2.º, do CP, ou seja, o sujeito tem dever de garante, capacidade de impedir o resultado e escolhe não o fazer.

“Assim, se considerarmos que o dirigente da instituição financeira tem o dever legal ou assumiu a responsabilidade ou o risco de produzir o resultado, é possível sua responsabilização criminal, mesmo que por omissão, ou seja, mesmo que não tenha contribuído ativamente para a lavagem de dinheiro. Nessa linha, busca-se responsabilizar o diretor da instituição pela omissão diante do dever decorrente das

competências fixadas de organização empresarial” (BUJAN-PEREZ, 2007 et al apud BOTTINI, 2015).

Isso, é claro, apenas se acrescido ao dever de garante, estiver a possibilidade de evitar o resultado e a omissão seja feita com dolo.

“Em suma, para haver responsabilidade penal por omissão imprópria o agente deve (i) ter o dever expresso de garantir a não colaboração da instituição com atos de lavagem de dinheiro; (ii) deixar de cumprir as normas vigentes para seu âmbito de atuação; (iii) colaborar – com isso – com a prática efetiva de lavagem de dinheiro, e (iv) ter dolo, intenção de facilitar o delito.” (BOTTINI, 2015, p. 16)

Bottini destaca que tais requisitos são de suma importância para evitar uma expansão desmesurada da imputação por lavagem de capitais. Afinal, o alargamento do conceito de dolo, que se dá, como se viu até aqui com a admissão do dolo eventual e, ainda, da cegueira deliberada, cria um quadro de insegurança.

3.5 Críticas à aplicação da cegueira deliberada

Necessário ainda o aprofundamento na crítica à aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento nacional. Sobre o assunto, Silveira destaca a atuação judicial nos casos derivados da Operação Lava Jato.

Para o autor, as sentenças no âmbito da operação acabaram por deitar sombra em situações de lavagem de ativos ao firmar a possibilidade de sua ocorrência através de dolo eventual (SILVEIRA, 2016b, p. 4). Conforme destaca, esse assunto é amplamente discutido na doutrina, tanto nacional, como estrangeira. O destaque vai para Pitombo, para quem é exigível o dolo direto no crime de lavagem de dinheiro (PITOMBO, 2003, p. 136 *apud* SILVEIRA, 2016b, p. 4).

Nesse sentido, ter-se-ia uma percepção clássica, segundo a qual seria necessária a manifesta vontade do agente em proceder com a lavagem de ativos. Contudo, conforme Silveira, a jurisprudência nacional parece seguir outro caminho. O autor cita Moro como um dos autores que pretende uma leitura mais simplista, aceitando a incidência do dolo eventual.

Silveira alerta que essa questão tomou uma proporção ainda mais significativa após inúmeras decisões afirmarem, para além do dolo eventual, a aceitação da própria cegueira deliberada em termos de lavagem de capitais.

“A questão posta, portanto, diz respeito ao fato de serem, dolo eventual e cegueira deliberada, sinônimos, como parece pretender a jurisprudência nos casos coletados.

Muito embora, em termos amplos, encontrem-se decisões a aceitar e referendar essa segunda tese, com o emprego do dolo eventual nessa quadra, tal leitura parece equivocada, principalmente hoje, sob a égide das alterações advindas da Lei 12.683/2012. Mais do que isso, com o aparente reforço da cegueira deliberada, ter-se-ia, sim, um reforço dessa tese.” (SILVEIRA, 2016b, p. 4).

O autor então trata da origem do instituto da cegueira deliberada, proveniente de uma realidade de common law.

Silveira entende como razão pela qual parte da doutrina (e decisões no âmbito da Operação Lava Jato) acaba por se valer do instituto da cegueira deliberada é que a tentativa de verificação de um dolo eventual em crimes de lavagem de dinheiro, muitas vezes se mostra de extrema dificuldade prática, ainda mais se a noção básica se dá em termos e bases volitivas.

O que o artigo traz como preocupante é que se sustenta que a cegueira nada mais seria do que uma modalidade do dolo eventual. “Entretanto, o mais preocupante é que aparentemente não se sabe exatamente sobre o que está a se falar quando se menciona sobre a cegueira deliberada.” (SILVEIRA, 2016b, p. 5.)

O que Silveira destaca é que, a princípio “não existe uma única doutrina sobre a cegueira deliberada, mas muitas, vistas de forma variada e atualmente reinterpretadas, aliás, de modo diverso pelos vários Circuitos da Justiça Federal norte-americana.” (SILVEIRA, 2016b, p. 5.). Ademais, o autor, a partir de uma revisão histórica do instituto, ressalta que a conceituação de cegueira deliberada não é tão precisa quanto se pretende fazer crer em um seu simples transplante à realidade brasileira.

Um dos pontos levantados diz respeito à frequente menção de julgados da realidade espanhola acerca da cegueira deliberada durante os julgamentos da Operação Lava Jato como forma de legitimar seu emprego em uma realidade de civil law como a brasileira. Silveira atenta para o fato de que não se pode “simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse ela respeito à mesma ordem de coisas que a legislação nacional” (SILVEIRA, 2016b, p. 7).

O autor destaca, no mesmo sentido do que já foi pincelado no ponto 3.2 desse trabalho, que a leitura do tipo penal da lavagem de dinheiro, na Espanha, deve ser feita a partir de premissa de que o ordenamento espanhol traz expressa previsão relativa à incidência do que se poderia ter por dolo direto e de dolo eventual e isso é muito diverso do que se verifica na legislação nacional.

Acresce-se ainda que a jurisprudência espanhola entende a cegueira deliberada como uma forma distinta do dolo direto ou eventual, sendo uma terceira classificação que complementaria uma zona cinzenta do próprio dolo eventual.

Ora, o sistema de common law não possui um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental, logo, impossível seria afirmar-se que a cegueira deliberada se portaria como se dolo eventual fosse. Para o autor, a ideia de noção e previsibilidade é sempre levada em conta na distinção entre intenção e irresponsabilidade, o que faz cair por terra a pretensa equiparação. Levada em conta. Sob tais considerações, poder-se-ia indagar se o sistema de civil law espanhol seria absolutamente compatível com o sistema brasileiro? Diga-se, desde já: aparentemente, não (SILVEIRA, 2016b, p. 7).

Silveira ressalta também que não seria possível o abandono de uma consideração de dolo como um querer volitivo na dimensão brasileira pois, diferentemente da Espanha e de muitos dos países europeus afiliados à civil law o Brasil sedimentou seu a questão no artigo 18, I, do Código Penal. “Lá, como repetidamente se menciona, tem-se, expressamente, que se considera crime doloso quando a agente quis o resultado (vontade) – dolo direto – ou assumiu o risco de produzi-lo – dolo eventual.” (SILVEIRA, 2016b, p. 8). Relevante lembrar que na Espanha não existe uma definição mais estreita sobre o que vem a ser do dolo, o que o artigo defende como razão pela qual lá não houve dificuldade em expandir suas fronteiras.

De tudo isso, o autor depreende que existem algumas situações em que pode haver justaposição entre dolo eventual e cegueira deliberada, contudo, nos casos da Lava Jato, ao se mencionar a possibilidade de aplicação ao contorno do crime de lavagem de capitais, incorre-se em equívoco.

3.6 A aplicação da lei pós reforma

Diante de todo o estudado, é interessante, como forma de verificar a aplicação dos conceitos expostos nos capítulos anteriores, realizar estudo de recente decisão do Magistrado Sérgio Moro, que acabou por absolver Cláudia Cordeiro Cruz da imputação do crime de lavagem de ativos e evasão fraudulenta de divisas.

A análise é bastante relevante, considerando-se, não apenas o número pequeno de decisões que tratam do tema inteiramente já sobre a égide da lei reformada, mas também pelo fato de o caso constituir operação paradigmática no ordenamento brasileiro. Acresce-se ainda o fato de que, dentre tantos pontos explorados pela defesa, foi justamente a falta de provas acerca do dolo na conduta a responsável pela absolvição, tamanha a importância da questão.

Em síntese, a denúncia aponta à acusada o crime de lavagem de ativos, apresentando-a como beneficiária final de conta secreta no exterior onde se ocultaria dinheiro proveniente de crimes imputados a seu marido. Os vultuosos depósitos feitos na referida

conta, denominada Köpek, teriam sido, em boa parte, utilizados em viagens internacionais, diárias em hotéis de luxo e aquisições em lojas de grife, sendo que parte dos gastos foi efetuada com cartão de crédito diretamente vinculado à acusada.

A defesa de Claudia Cordeiro Cruz, em suas alegações finais trouxe cerca de 10 teses entre mérito e preliminares, sendo o grande destaque o questionamento acerca do dolo da conduta, argumentando que a acusada não teria participado dos eventos criminosos imputados a seu esposo que não tinha conhecimento de qualquer ilicitude dos valores movimentados.

Na página 81 de seus memoriais, em tópico intitulado “AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DOLO NECESSÁRIO À LAVAGEM DE DINHEIRO” a defesa, protagonizada justamente por Bottini, defende que o crime de lavagem de dinheiro só existe na modalidade dolosa, de forma que este elemento subjetivo deve ser demonstrado. Defende-se que a denúncia falha em demonstrar que existia o intuito deliberado de mascarar os recursos recebidos.

Conforme se argumenta, os gastos da esposa, de cerca de 11 mil dólares por mês não eram de tudo incompatíveis com a posição patrimonial do casal a ponto de obriga-la a exigir do marido a demonstração da origem dos bens. E, ainda, mesmo que fosse exigível de Cláudia indagar sobre a origem dos valores, a ausência de tal dever de cautela, não revelaria conduta dolosa, mas mera imprudência ou negligência, formas essas impuníveis dentro do tipo de lavagem de ativos.

Destaca-se na peça que a acusada não se encontra entre as entidades sensíveis elencadas no artigo 9º da Lei 9.613/98, que são os profissionais ou entidades que tem o dever de recolher informações sobre clientes ou provedores e de zelar pela regularidade das transações financeiras que eventualmente a beneficiem.⁵

Voltando maiores atenções à figura da cegueira deliberada, a defesa afirma que não há que se falar nesse instituto sob o pretexto de que a acusada deveria ter suspeitado da proveniência dos valores porque seu marido era servidor público e tinha rendimentos incompatíveis com tais gastos.

Construiu-se um capítulo inteiramente voltado à cegueira deliberada, iniciando a defesa na exposição das críticas ao instituto. Elenca-se que a ideia de cegueira deliberada como instrumento de substituição da prova completa do dolo não é isenta de críticas, sendo

⁵ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, Ministério Público Federal, Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira, Cláudia Ferreira Cruz. 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais-claudia-cruz-sergio.pdf>> Acessado em 10-06-2017.

importante reconhecê-las para que se evite a importação de um conceito permeado de problemas dogmáticos.

Assim como feito no decorrer desse trabalho, a peça traz um estudo de direito comparado. Apresenta-se que, mesmo nos países que adotam a ideia da cegueira deliberada, não faltam vozes que apontem suas idiosincrasias. Cita-se então trecho de um julgado do STS espanhol:

“Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo há evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatório que incumbe a las acusaciones. Em supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse em lo que este sabia, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debio conocer, y , sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento pata la afirmación del dolo.” (BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo, 4a ed, p.835)

Passa-se então a defender que ainda que se entenda pela aplicabilidade da cegueira deliberada no ordenamento brasileiro, é importante reconhecer que nem todos os casos em que ela se verifica são equiparáveis ao dolo eventual. Para a defesa, há situações em que a ignorância deliberada substitui a culpa consciente, a depender dos elementos concretos verificados.

Acresce a peça que a exordial acusatória não conseguiu descrever o dolo de mascarar ou ocultar os bens. Reitera-se que a conduta da acusada seria apenas um receber, estando ausente qualquer elemento que demonstrasse a intenção de mascarar. A defesa frisa que o elemento subjetivo é inerente ao delito de lavagem.

Por todos esses motivos, a defesa requereu a absolvição de Cláudia Cruz, com base na atipicidade de sua conduta.

Eis que, em vista do demonstrado pela defesa, entendeu o magistrado que, de fato estava insuficiente a prova do dolo. Considerando, pessoalmente, o comportamento de Cláudia como reprovável, reconheceu o juiz que a negligência da acusada não era suficiente para condená-la por lavagem. Decidiu-se então pela absolvição por falta de dolo, reafirmando-se que a presunção de inocência exige prova categórica da responsabilidade criminal, tanto do elemento objetivo como do subjetivo.

Interessante ver aqui aplicadas as considerações feitas no decorrer dos capítulos anteriores.

Para a resolução do caso concreto, se fez necessário, de fato, observar atentamente o elemento subjetivo do tipo de lavagem. O feito da defesa e ratificado pelo magistrado, é de suma importância para que se evite a vulgarização do crime de lavagem de dinheiro.

O que se pontua, é que para que se procedesse à condenação criminal de Cláudia, seria necessária a comprovação de um dolo, vez que não havendo previsão na lei da modalidade culposa e, à luz do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, não poderia a acusada ser punida por conduta prevista como crime se não o tivesse realizado com dolo.

Pelo que se percebeu até aqui, não seria Cláudia uma figura que possui o dever de conhecer, o que lhe poderia impor um dever maior de cuidado. Assim, ainda que se deseje ultrapassar a própria discussão sobre a aplicabilidade do dolo eventual no Brasil, percebe-se a dificuldade de demonstrar a assunção de qualquer risco. Não é hipótese em que se percebe a tomada de medidas dirigidas à manutenção do desconhecimento do caráter ilícito dos bens, afastada a ideia de cegueira deliberada.

Cabe destacar trecho da sentença do próprio magistrado que destaca a importância de tal discussão:

“Agregue-se que há vários casos envolvendo corrupção de agentes públicos em trâmite perante este Juízo e ainda outros na Justiça brasileiro. O entendimento deste Juízo é no sentido de que, para condenação por lavagem de dinheiro de cônjuges de agentes públicos corrompidos, é necessário ter uma prova muito clara de que o cônjuge tinha ciência dos crimes de corrupção ou de sua participação ativa nas condutas de ocultação e dissimulação, não sendo suficiente a prova da realização de gastos extravagantes, por mais reprováveis que eles sejam a luz de tantos crimes de corrupção.”⁶

Sendo que esse é apenas um exemplo de situação que poderia gerar uma vulgarização do crime aqui estudado.

3.7 Considerações sobre o estudado

Como se pôde perceber pelo exposto até aqui, o assunto é de suma importância, impondo-se como demarcador de fronteiras do poder criminalizador do Estado, sem o qual os limites do tipo penal de lavagem de ativos alargam-se demasiadamente. Mais que mera formalidade, o elemento subjetivo é parte integrante da própria identidade do tipo, que descreve um conduta baseada em um comportamento provido de clara finalidade, ainda que esta não tenha sido mencionada de forma expressa pelo legislador na redação da Lei 12.683/2012.

⁶ BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, Ministério Público Federal, Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira, Cláudia Ferreira Cruz. 07 jun. 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais-claudia-cruz-sergio.pdf> > Acessado em 10-06-2017.

A mera causação do resultado não é relevante, se não estiver acompanhada de demonstrativos claros da existência do elemento subjetivo e tal exigência não pode ser suprimida pela mera citação de figuras como o dolo eventual ou a cegueira deliberada.

A partir da observação da obra de Caparrós se percebe que, mesmo em um ordenamento onde se abre expressamente a possibilidade de lavagem de ativos culposa, a figura do dolo eventual ainda é vista com cautela. Reserva ainda maior é necessária no ordenamento nacional, onde a redação do tipo é completamente silente em relação à outras possibilidades diversas do dolo.

Com o estudo da recente resposta italiana acerca deste mesmo tema, através da ótica de Silveira, percebe-se que o país, que destinou intensa atenção ao desenvolvimento de teorias sobre o dolo eventual no decorrer do século XX, frente à assustadora expansão exagerada das fronteiras do dolo eventual, viu-se obrigado a retroceder. Assim, mostrou-se necessário o retorno à velhas definições, como noções de consentimento e vontade.

Difícil ponderar, contudo, o parâmetro para que se considere que o agente, de fato, esteve consciente do risco e, ainda assim, escolheu prosseguir com sua conduta. Qual seria a obrigação do cidadão médio de estar atento aos riscos de estar lidando com capital de procedência ilícita? Essa pergunta torna-se ainda mais capciosa ao se considerar o intenso volume desse tipo de ativo que circula de forma dissimulada pelo mundo inteiro.

Afora casos em que a procedência ilícita seja bastante óbvia (hipótese em que se pende fortemente ao próprio dolo direto) os únicos sujeitos que, de certa forma, estariam obrigados à essa atenção seriam, justamente, aqueles que possuem o dever de conhecer. Esses agentes seriam, mais precisamente, aqueles com quem o legislador escolheu dividir a responsabilidade na implementação de políticas que combatam a reciclagem de capitais, notadamente aqueles que atuam em setores sensíveis e que detêm o ônus de registrar a atividade de seus clientes e comunicar ações suspeitas às autoridades competentes.

A aferição do conhecimento da origem e, por tanto do dolo, deve se pautar pelo dever de conhecer nos casos concretos. Sendo o crime de lavagem de ativos um crime que se comete de forma oculta, um critério para que se possa determinar sua aplicação seria a demonstração do dever do sujeito de conhecer as circunstâncias do crime.

Ainda assim, não deixa de ser válida a observação de Bottini, para quem a mera desídia, mesmo no caso de tais figuras, ainda não seria suficiente para o dolo eventual. O destacado pelo autor e que aqui se busca ratificar é que a mera violação da norma de cuidado é apenas suficiente para sanções administrativas. Para que se justifique a criminalização, o

sujeito deve ter o dever de atenção, a capacidade de detectar e prevenir o resultado e, ainda assim, não o fazer.

No tocante à aplicação da teoria da cegueira deliberada, então, a cautela deve ser redobrada, ainda mais ao se considerar que trata-se de figura proveniente de ordenamentos dotados de estruturas completamente diversas da nacional. Caso, ainda assim, se pretenda pela aplicação desse instituto, é necessário que, ao menos, seja possível verificar, de forma clara, que efetiva criação de estruturas que dificultem o conhecimento das circunstâncias dos fatos e que tal criação foi, efetivamente, voltada para esse fim.

Assim sendo, nenhum outro resultado poderia ser admitido no caso de Cláudia Cruz, uma vez que não se fizeram presentes quaisquer dos elementos necessários à aplicação das figuras de extensão do dolo e, muito menos de provas do dolo direto. A acusada não estava em posição que lhe obrigasse a coletar informações sobre as finanças do próprio esposo, menos ainda em condições que lhe permitissem prevenir o resultado. Não era imposto à Cláudia que cumprisse qualquer norma específica de cuidado, não sendo ela profissional de qualquer área tida como sensível. Ausente ainda qualquer demonstração de atos dirigidos à especial finalidade de prevenir ou evitar o conhecimento sobre a procedência dos valores supostamente de procedência ilícita.

Disso tudo, em síntese, o que se pode retirar é que, já sendo o dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada formas de ampliação do conceito de dolo, a sua aplicação de forma ainda mais prolongada gera situação atentatória à própria ordem jurídica brasileira, sendo manobra de “extensão da extensão” do tipo, em franca violação ao princípio da legalidade.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou demonstrar a necessidade da delimitação da interpretação do tipo que descreve a lavagem de ativos, dando especial atenção ao seu elemento subjetivo, parte que se estabelece como fundamental para o cumprimento ideal do manifestado pelo legislador em consonância com a Constituição Brasileira e o disposto no parágrafo único do artigo 18 do Código Penal. Entendendo que a Lei 9.613, de 1998, reflete a opção pela punição do delito de lavagem como política criminal, o trabalho buscou levantar e analisar formas de colocar o prescrito em prática de forma coerente com o restante do ordenamento jurídico nacional.

Pretendeu-se estudar maneiras de delinear apropriadamente as condutas relacionadas a capitais de origem ilícita que são, realmente, relevantes para o sistema criminal, em vista do princípio da legalidade e considerando-se a norma penal como instrumento de delimitação do poder de intervenção do Estado.

A partir do entendimento de que é necessário, para que haja persecução penal, que o comportamento do sujeito satisfaça tanto os elementos objetivos quanto os subjetivos do tipo de lavagem, argumentou-se que uma vez que o dolo e a culpa integram o tipo penal, sua verificação atenciosa é fundamental.

No primeiro capítulo, estudou-se o que viria a ser uma apreciação adequada da tipificação, bem como as funções da norma penal e a importância do elemento subjetivo, sendo possível concluir que mais que mera formalidade, o elemento subjetivo é parte integrante da própria identidade do tipo, que descreve uma conduta baseada em um comportamento provido de clara finalidade, ainda que esta não tenha sido mencionada de forma expressa pelo legislador na redação da Lei 12.683/2012.

Já no segundo capítulo, abordou-se o tratamento dado por doutrinadores e pela jurisprudência à questão do dolo antes da reforma pela Lei 12.683/2012. A partir disso foi possível identificar algumas das razões que levaram à realização da reforma e ainda reconhecer a maneira como o elemento subjetivo do tipo de lavagem vinha sendo tratado desde o advento da Lei 9.613/98. Com a comparação entre a redação da Lei 9.613/98 antes e depois de Lei 12.683/2012, ficou perceptível que a discussão sobre o dolo vai muito além da existência de um rol de crimes antecedentes, sendo necessária a ligação psíquica do sujeito com o ato de lavagem, com conhecimento dos elementos necessários e vontade de executar.

Por fim, no terceiro capítulo, foram estudadas as figuras do dolo eventual e da cegueira deliberada, concluindo-se pela importância da interpretação restritiva de ambos, por já se tratarem de figuras de extensão do entendimento de dolo. Viu-se a necessidade de cautela com as extensões desenvolvidas sobre a ideia de dolo que têm sido criadas nas últimas décadas, vez que a admissão do dolo eventual e, ainda, da cegueira deliberada, criam um quadro de insegurança jurídica. Foi exposto também que essa questão se torna ainda mais alarmante quando se considera que a figura da cegueira deliberada nada mais é do que a importação de um instituto de common law.

Frente a um contexto social de expansão da criminalização de crimes políticos e econômicos, o caso da Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR foi apresentado como um exemplo que adverte sobre o perigo da banalização do crime de lavagem de ativos: considerando-se o elevado número de casos envolvendo corrupção de agentes, só no âmbito da Operação Lava Jato, pôde-se notar o absurdo que se daria com a negligência na análise do elemento subjetivo, vez que isso significaria uma condenação por lavagem de capitais de cônjuges de agentes públicos corrompidos em massa.

Ao final, foi possível concluir que à exceção dos casos em que a procedência ilícita seja bastante óbvia os únicos sujeitos que podem estar sujeitos à criminalização por dolo eventual seriam aqueles que já possuem, no caso concreto, o dever de conhecer as circunstâncias do fato. Já a aplicação da teoria da cegueira deliberada é inviável se não se puder verificar, de forma clara, a efetiva criação de estruturas que dificultem o conhecimento das circunstâncias dos fatos e que tal criação tinha especificamente esse fim. Percebeu-se ainda que nenhum outro resultado poderia ser admitido no caso de Cláudia Cruz, que não apresentava nenhum desses elementos mencionados. Com o desenvolvimento da pesquisa pôde-se constatar que já sendo o dolo eventual e a teoria da cegueira deliberada formas de ampliação do conceito de dolo, sua aplicação deve ser realizada de forma restrita frente ao perigo de que o excesso de amplificação do dolo leve à violação do princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência*. Revista de direito bancário e do mercado de capitais, [S.L.], v. 67/2015, p. 163 - 195, jan./mar. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 328229/ SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 15 abr. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470 EI-sextos, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, PLENÁRIO, julgado em 13/03/2014, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 17 abr. 2017.
- BRASIL. Exposição de Motivos 692/MJ, 1996.18 de dezembro de 1996. Brasília. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.
- BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5027685-35.2016.4.04.7000/PR, Ministério Público Federal, Idalécio de Castro Rodrigues de Oliveira, Cláudia Ferreira Cruz. 07 jun. 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/alegacoes-finais-claudia-cruz-sergio.pdf>> Acessado em 10-06-2017.
- CALLEGARI, André Luís, WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. Ed. Atlas, São Paulo, 2014. p. 89
- CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales* (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). Revista brasileira de ciências criminais, [S.L.], v. 89/2011, p. 375 - 395, jul. 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ESPANHA. Código Penal Espanhol, Lei nº 10/1995. Disponível em: <<http://2ni2.com/juridico/penal/codigopenal.htm>> Acesso em 05/07/2017.

GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. Illicit Financial Flows from Developing Countries: 2004-2013". [report]. 2015. Disponível em:< http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2015/12/IFF-Update_2015-Final-1.pdf>. Acesso em: 15 de mai. de 2017.

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

PRADO, Luiz Regis: *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 p. 359-360.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 85, p. 219-235, 2010.

SILVEIRA, Renato De Mello Jorge. *A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana* . Revista brasileira de ciências criminais. v. 121/2016, p. 223 - 250, jul./ago. 2016.

_____. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. *Revista brasileira de ciências criminais*. v. vol. 122/2016, p. 255 - 280, set/out. 2016.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo horizonte: Del Rey, 2000.