

JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ

**ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE
DINHEIRO NO ÂMBITO FINANCEIRO**

Dissertação de mestrado

Orientadora: Professora Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo/SP

2017

JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ

**ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE
DINHEIRO NO ÂMBITO FINANCEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Professora Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo/SP

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.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Badaró, Jennifer Cristina Ariadne Falk

Elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro no âmbito financeiro / Jennifer Cristina Ariadne Falk Badaró; orientadora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara -- São Paulo, 2017. 278

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. elemento subjetivo. 2. dolo. 3. conhecimento. 4. vontade. 5. Lavagem de dinheiro. I. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva, orient. II. Título.

JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ

**ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE
DINHEIRO NO ÂMBITO FINANCEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação da Professora Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Professora Associada Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

1º Examinador (a): _____

2º Examinador (a): _____

Para Enrico, pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

À Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, por ter confiado em meu projeto e por todo o aprendizado nesses anos de pesquisa.

Aos Professores Helena Regina Lobo da Costa e Alamiro Velludo Salvador Netto, pelas valiosas e estimulantes contribuições no Exame de Qualificação.

Ao Professor Renato de Mello Jorge Silveira, pelo incentivo nos meus estudos, pela oportunidade que me concedeu para pesquisar na Universidade Pompeu Fabra, pelo diálogo constante e por todos os ensinamentos.

Ao meu marido Gustavo Badaró, que me apoiou desde o início desta empreitada, pela companhia durante todos esses anos de pesquisa, pelas trocas de ideias, pela correção do trabalho. E, especialmente, pelo amor, pelo carinho e por estar sempre ao meu lado.

Às amigas Silvana Monteiro da Silva e Bruna Gonçalves, pela amizade e pela companhia ao longo dessa jornada.

Ao meu filho Enrico, pela compreensão.

BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. **Elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro no âmbito financeiro**. 2017. 278p. Mestrado - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

O trabalho analisa o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira parte consistiu no levantamento bibliográfico, da doutrina nacional e estrangeira, sobre as diversas teorias sobre o dolo. Adotou-se o posicionamento de que o dolo é o conhecimento da alta probabilidade de que a conduta irá causar o resultado típico, o qual deverá ser constatado a partir de critérios objetivos, considerando o conhecimento de qualquer pessoa que pensa e age racionalmente. Tal posição é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, foi analisado o dolo nas diversas modalidades de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro. Na figura principal da lavagem de dinheiro, do *caput* do artigo 1º da Lei 9.613/98, concluiu serem necessários três elementos para a configuração do dolo: o conhecimento, com alto grau de probabilidade, de que aquele bem, direito ou valor, seja de origem ilícita; o conhecimento de que há uma alta probabilidade de que, com aquela conduta, está-se ocultando ou dissimulando um dos atributos previstos no tipo penal quanto ao bem, direito ou valor; adicionalmente, o conhecimento de que, muito provavelmente, aquela conduta se insere em um esquema de lavagem de dinheiro, de forma que aquela ocultação ou dissimulação é apenas parte de um processo, cujo objetivo é reinserir tal bem na economia com a aparência lícita.

Palavras-chave: elemento subjetivo – dolo – conhecimento – vontade – lavagem de dinheiro.

BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. **Elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro no âmbito financeiro**. 2017. 278p. Mestrado - Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The paper analyzes the subjective element in the crime of money laundering in the Brazilian legal system. The first part is consisted of a bibliographical survey of national and foreign doctrine on the various theories of deceit. It was adopted the position that the deceit is the knowledge of the high probability that the conduct will cause the typical result, which should be verified from objective criteria, considering the knowledge of any person who thinks and acts rationally. Such a position is compatible with the Brazilian legal system. In the second part, the intent was analyzed in the various modalities of money laundering in the Brazilian legal system. In the main figure of money laundering, from the *caput* of article 1 of Law 9.613/98, the conclusion is that three elements are necessary for the configuration of deceit: knowledge, with a high degree of probability, that that good, right or value, is of illicit origin; the knowledge that there is a high probability that, with that conduct, one is hiding or concealing one of the attributes provided in the criminal type as to the good, right or value; in addition, the knowledge that such conduct is most likely to be part of a money laundering scheme, so that hiding or concealment is only part of a process, the purpose of which is to reinsert such good in the economy with a lawful appearance.

Key-words: subjective element – deceit – knowledge – intention – money laundering.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I – TEORIAS DO DOLO	16
CAPÍTULO 1 – TEORIAS CLÁSSICA DO DOLO.....	16
1.1 <i>O dolus indirectus</i>	19
1.2 Teorias da vontade.....	22
1.3 Teorias cognitivas.....	25
1.3.1 Teoria da representação.....	25
1.3.2 Teoria da probabilidade.....	29
1.3.3 Teoria da possibilidade.....	33
CAPÍTULO 2 – TEORIAS ATUAIS DO DOLO.....	35
2.1 Atuais teorias volitivas.....	35
2.1.1 Teoria da indiferença.....	36
2.1.2 Teoria do consentimento ou aprovação.....	39
2.1.3 Teoria da evitação.....	41
2.1.4 Teoria de levar a sério o perigo.....	44
2.1.5 Teoria da decisão contrária ao bem jurídico.....	47
2.1.6 Outras teorias volitivas.....	51
2.2 Atuais teorias cognitivas.....	55
2.2.1 Teorias da probabilidade.....	56
2.2.1.1 A teoria de Ingeborg Puppe.....	58
2.2.1.2 A teoria de Günter Jakobs.....	64
2.2.2 Teorias da possibilidade.....	69
2.2.3 Outras teorias cognitivas.....	70
2.3 Teorias acumulativas.....	73
2.4 Teorias voltadas à prova do dolo.....	76
2.5 A teoria de Gabriel Pérez Barberá.....	86
2.6 <i>Recklessness</i>	96
2.7 Cegueira deliberada.....	98

CAPÍTULO 3 – O DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	104
3.1 Evolução do tratamento jurídico-penal do dolo no Brasil.....	104
3.1.1 Dos antecedentes legais do Código Penal de 1940.....	104
3.1.2 O dolo no Código Penal de 1940.....	109
3.1.3 O dolo na Reforma da Parte Geral de 1984.....	111
3.1.4 O dolo no Projeto de Código Penal – PLS 236/2012.....	118
3.2 Posição adotada.....	120
3.3 Análise da compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Direito Penal Brasileiro.....	127

PARTE II – O ELEMENTO SUBJETIVO NA LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	130
---	-----

CAPÍTULO 4 – O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	130
4.1 Conceito e importância do controle da lavagem de dinheiro.....	131
4.2 Bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.....	137
4.2.1 A proteção subsidiária a bens jurídicos.....	137
4.2.2 O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.....	140
4.3 Evolução do tratamento jurídico-penal da lavagem de dinheiro no Brasil.....	144
4.4 Política criminal de controle da lavagem de dinheiro e a imposição de deveres de vigilância no âmbito financeiro bancário: o estabelecimento de um modelo penal preventivo.....	152
4.4.1 Deveres no controle da lavagem de dinheiro no sistema financeiro bancário.....	156
4.4.1.1 Dever de identificação dos clientes e de manutenção dos registros das transações financeiras.....	157
4.4.1.2 Dever de comunicação de operações financeiras suspeitas...	163
4.4.2 Consequências jurídico-administrativas da violação dos deveres de vigilância no combate à lavagem de dinheiro.....	169
4.5 Análise quanto à possibilidade de responsabilização penal pela prática de lavagem de dinheiro por omissão imprópria, a partir do descumprimento dos deveres administrativos impostos pela Lei 9.613/98, no âmbito financeiro bancário.....	171
4.5.1 Omissão imprópria e o dever de garante.....	171

4.5.1.1	Distinção entre crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios.....	172
4.5.1.2	Os elementos do tipo nos crimes omissivos impróprios.....	173
4.5.2	Análise crítica quanto à responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de vigilância referentes à lavagem de dinheiro.....	182
4.5.3	Da delegação da posição de garantidor nas instituições financeiras bancárias e a responsabilização criminal por lavagem de dinheiro.....	191

CAPÍTULO 5 – O ELEMENTO SUBJETIVO NA LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO FINANCEIRO BANCÁRIO..... 197

5.1	Crítica quanto a uma visão tradicional do dolo na lavagem de dinheiro.....	198
5.2	Proposta para a tipicidade subjetiva na lavagem de dinheiro na Lei 9.613/98...	203
5.2.1	Artigo 1º, <i>caput</i>	204
5.2.2	Artigo 1º, § 1º, incisos I, II e III.....	215
5.2.3	Artigo 1º, § 2º, inciso I.....	224
5.2.4	Artigo 1º, § 2º, inciso II	227
5.2.5	Dolo e os operadores financeiros bancários.....	230
5.3	Dolo e a cegueira deliberada.....	233
5.4	A possibilidade de tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro....	238
5.4.1	A tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro.....	239
5.4.2	A culpa e os sujeitos obrigados.....	243
5.4.3	Críticas à possibilidade de tipificação da modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.....	247

CONCLUSÃO..... 253

REFERÊNCIAS..... 256

INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro definiu duas espécies de dolo, uma como sendo o querer o resultado, e outra como assumir o risco de sua produção. Provavelmente influenciada por essa tomada de posição legislativa, não há uma movimentação significativa da doutrina nacional no sentido de questionar o conteúdo do dolo e nem de verificar se a disposição legal atende as necessidades dos casos concretos.

Em sua grande maioria, a doutrina nacional considera que o dolo é composto por um elemento cognitivo, que é o conhecimento, e por um elemento volitivo, que é a vontade. O que se encontra na doutrina são discussões sobre como delimitar o dolo eventual da culpa consciente.

Contudo, verifica-se que a forma como o dolo tem sido tratado, a partir de sua definição legal, não soluciona, de modo adequado e satisfatório, os problemas que hoje tem de ser enfrentados, especialmente, quando se está diante de crimes econômicos, praticados no âmbito de instituições financeiras bancárias, como é o caso do delito de lavagem de dinheiro.

Os dirigentes de instituições financeiras e, em especial, os agentes bancários, estão muito expostos à utilização, em sua atividade normal, de valores que sejam produto de crimes, realizando com eles operações bancárias que podem ser, em tese, consideradas caracterizadoras de uma ou mais etapas de lavagem de dinheiro. Ainda que se conclua que, do ponto de vista objetivo, tais condutas são típicas, se subsumindo a uma das figuras de lavagem de dinheiro previstas na Lei 9.613/98, resta o problema de definir se, subjetivamente, se está diante de um agir doloso do agente. Em outras palavras, há uma grande dificuldade em identificar a presença do elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro.

Em razão dos problemas decorrentes do emprego dos conceitos de dolo utilizados pelo legislador, bem como da dificuldade probatória do dolo, tanto em relação ao conhecimento quanto em relação ao elemento psicológico, mais recentemente tem se verificado uma ampliação do emprego do dolo eventual pelos tribunais e doutrina nacionais, tendo por consequência que sejam consideradas dolosas condutas que, muitas vezes, seriam melhor definidas como atos meramente culposos. Outras situações que têm levado a uma hipertrofia das imputações e condenações a título de dolo são, de um

lado, a importação de teorias estrangeiras, como a da cegueira deliberada, equiparando-a ao dolo eventual, e de outro, a responsabilização criminal decorrente de mero descumprimento de deveres administrativos.

O resultado desse cenário confuso e obscuro tem sido, atualmente, uma total falta de segurança em relação à atribuição de crimes a título de dolo, carecendo o aplicador do direito de parâmetros objetivos para resolver os casos práticos, em especial, os mais complexos.

Um dos caminhos que se pode percorrer para eliminar tais dificuldades é buscar uma definição melhor e mais clara do dolo, com delimitação do seu conteúdo, que terá, por consequência, uma maior segurança jurídica na sua aplicação.

O dolo é elemento da teoria do delito e deve, como tal, ter um conceito uniforme para todas as infrações penais, desde o clássico crime de homicídio até o moderno delito de lavagem de dinheiro. Um conceito de dolo que seja cientificamente correto e operacionalmente útil apenas para parcela dos delitos, ou à maioria dos crimes, não será uma solução satisfatória.

Evidente que não se pretende, numa dissertação de mestrado, desenvolver uma nova teoria sobre o dolo, mormente diante de tudo o que já foi e ainda é discutido na doutrina, especialmente a estrangeira, sobre a tipicidade subjetiva. O que se pretende fazer nas páginas que seguem, é expor e analisar as principais teorias do dolo já desenvolvidas, a fim de identificar qual delas propõe o melhor conceito de dolo, do ponto dogmático, que ao mesmo tempo seja apta à resolução, com clareza e segurança, dos problemas enfrentados no direito nacional, especialmente em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em duas partes, cada uma com três capítulos. O objeto da primeira parte será o estudo das teorias sobre a distinção entre o dolo e a culpa; o objeto da segunda, será o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro.

Na primeira parte, o Capítulo 1 tratará das teorias clássicas sobre o dolo e a culpa, traçando um panorama doutrinário desde a construção da figura do *dolus indirectus*, até as teorias da vontade e as teorias cognitivas desenvolvidas no século XVIII e início do século XIX.

No Capítulo 2 serão expostas as teorias denominadas de “atuais”, assim consideradas aquelas desenvolvidas partir de 1930 até os dias atuais. A exposição será

dividida em: teorias volitivas, as quais consideram necessária a presença de um elemento volitivo no dolo; teorias cognitivas, para as quais é necessário apenas o elemento cognitivo; teorias acumulativas, que consideram na conceituação do dolo tanto elementos das teorias volitivas, quanto das teorias cognitivas; teorias voltadas à prova do dolo, que não se preocupam tanto com o conceito de dolo, mas sim com um significado de dolo que possa ser provado no caso concreto; e, por fim, será dado destaque à teoria desenvolvida por Gabriel Pérez Barberá, que em profundo estudo sobre o tema, propõe uma concepção de dolo diferente de todas as demais teorias. Ainda no segundo Capítulo, também serão tratadas as figuras da *recklessless*, que é uma modalidade de tipicidade subjetiva do direito norte-americano, bem como da cegueira deliberada, que tem sua origem na *willful blindness*, também norte-americana, a qual tem sido aceita pela jurisprudência espanhola, e que agora tem tido alguma aceitação nos tribunais pátrios.

No Capítulo 3, será exposto o tratamento do tipo subjetivo no ordenamento jurídico nacional, desde o Código Penal do Império, de 1930, até o atual Código Penal, de 1940, com a reforma da parte geral de 1984. Após a verificação de como o tema foi e é tratado na legislação brasileira, será exposta, do ponto de vista doutrinário, qual a posição adotada quanto às diversas teorias do dolo e, principalmente, se verificará a compatibilidade ou não da posição teórica abraçada com o conceito atual de dolo do artigo 18, *caput*, inciso I, do Código Penal brasileiro. Com isso, encerra-se a primeira parte do trabalho, adotando-se uma posição teórica sobre o dolo e verificando sua aplicação no direito penal brasileiro.

A segunda parte do trabalho tem como objetivo analisar o elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro.

No Capítulo 4, será feita uma abordagem sobre a origem, o conceito e a importância do controle de lavagem de dinheiro, bem como sobre o bem jurídico penalmente tutelado em tal crime. Para tanto, faz-se necessária uma exposição da evolução jurídico-penal da lavagem de dinheiro no Brasil. Será objeto de atenção, também, a política criminal de controle e prevenção de lavagem de dinheiro, mediante a imposição de deveres a sujeitos que atuam em setores sensíveis e particularmente suscetíveis a realização de atividades de ocultação e dissimulação de produtos de crime, com atenção especialmente voltada para as instituições financeiras bancárias. Serão verificados quais são esses deveres e quem, dentro da instituição financeira, é o

responsável administrativamente pelo cumprimento das medidas impostas e pelo seu descumprimento.

Tratará, ainda, da possibilidade do cometimento de lavagem de dinheiro mediante omissão imprópria. Partindo da previsão da relevância penal da omissão, disciplinada no § 2º do artigo 13 do Código Penal, se pretende verificar, basicamente, se os sujeitos obrigados administrativamente, com fim de prevenção do crime de lavagem de dinheiro, e que exercem atividade em instituições financeiras bancárias, podem responder criminalmente pelo crime de lavagem de dinheiro, por omissão imprópria, a partir do descumprimento dos deveres impostos na Lei 9.613/98.

Por fim, no Capítulo 5 serão analisados todos os tipos penais da lavagem de dinheiro previstos na Lei 9.613/98, com a finalidade específica de permitir uma tomada de posição quanto ao elemento subjetivo exigido em cada um dos tipos. Partindo do conceito de dolo adotado no terceiro capítulo, verificar-se-á se a teoria acolhida proporciona uma solução mais satisfatória, para a atual discussão sobre o elemento subjetivo nos tipos penais da Lei 9.613/98, que praticamente tem se limitado ao dissenso sobre o cabimento ou não do dolo eventual, e sobre a necessidade ou não de que o agente tenha um especial fim de agir. Também será verificada a possibilidade de se equiparar a cegueira deliberada ao dolo, como suscitado por alguns doutrinadores, mormente em sistemas estrangeiros. Por fim, e *de lege ferenda*, será discutida a possibilidade e, em caso positivo, a conveniência da criação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico nacional.

PARTE I – TEORIAS DO DOLO

CAPÍTULO 1 – TEORIAS CLÁSSICAS DO DOLO

Com o advento do pensamento finalista de Hans Welzel, consagrou-se os elementos do delito como sendo tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, considerando-se o dolo e a culpa como elementos subjetivos do tipo, ao lado dos elementos objetivos da tipicidade¹. Tal estrutura se manteve posteriormente, mesmo com as teorias pós-finalistas, constituindo o elemento subjetivo do tipo importante garantia ao cidadão, preservando-lhe a sua dignidade frente ao Estado Democrático de Direito, que não admite uma responsabilidade penal objetiva².

Passadas décadas, e surgindo novas formulações da teoria do delito, a doutrina não conseguiu atingir um consenso sobre os conceitos de dolo e culpa, nem seus conteúdos. Conseqüentemente, sua constatação e aplicação não se darão de modo uniforme, acarretando insegurança jurídica, na medida em que a diferença de uma imputação a título de dolo ou de culpa pode ter grande repercussão em termos de pena a ser aplicada. Mais do que isso, como a grande maioria dos delitos só é punida a título de dolo, a falta de clareza em tal distinção significa uma diferença entre uma punição penal e uma ausência de responsabilidade penal. Por tudo isso, continua sendo de suma importância definir tais conceitos.

Para o correto entendimento das teorias que procuram distinguir o dolo da culpa, é importante, primeiramente, verificar como a doutrina trata tais conceitos, nos sistemas positivos que não se incumbiram de conceituar o dolo e a culpa. Isso porque, em tais

¹ WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Euros Editores, 2004, p. 100.

² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 30-31. Nesse sentido, Günther Jakobs: “*sin tipo subjetivo (dolo e imprudencia, conjuntamente: evitabilidade) y sin culpabilidad no hay responsabilidad*” JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito em Derecho Penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 42, n. 2, 1989, p. 663; Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée: “*Constituye un claro rechazo de la responsabilidad objetiva, de la posibilidad de que el sujeto pueda responder penalmente de un hecho que le es ajeno, un hecho respecto del cual no se le puede vincular ni dolosa ni culposamente. Un tipo penal que no condicione la responsabilidad a una vinculación personal del sujeto con el hecho es un tipo incierto que no está en condiciones de cumplir con las funciones que le son propias, pues posibilita la atribución de un número indeterminado de supuestos lesivos de bienes jurídicos. Una clara violación, en consecuencia, del principio de legalidad*” BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Parte General. Madrid: Trotta, 2006, p. 208.

países, como é o caso de Alemanha, Espanha e Argentina, por exemplo, há uma maior flexibilidade na análise dos elementos subjetivos do tipo penal.

O Código Penal Alemão (StGB), em seu § 15, dispõe que os fatos serão puníveis a título de dolo, se não houver uma previsão expressa de sua forma culposa³ e, no § 16⁴, consagra o efeito excludente de dolo do erro sobre um elemento do tipo penal⁵. Também na Espanha há um dispositivo geral no sentido de que somente configuram crimes as ações e omissões dolosas ou culposas⁶, bem como outro dispositivo sobre o erro, que excluiria o dolo⁷. De forma similar ocorre na Argentina, o Código Penal apenas dispõe não ser punível quem atua com erro de fato não imputável⁸.

Nesses ordenamentos, não há uma definição do que seja dolo, do que seja culpa, e menos ainda da diferença entre eles. Há, apenas, em cada código penal, uma regra, na disciplina do erro, no sentido de que, não havendo conhecimento, não há que se falar em dolo. Em razão dessa disposição legal, alguns doutrinadores consideram que o dolo exige, tão somente, o conhecimento, outros, entretanto, entendem ser esta apenas uma regra de exclusão do dolo, mas que para configurá-lo, deverá haver algo a mais, como se retratará adiante.

³ Puppe explica que “o legislador da primeira Lei de Reforma do Direito Penal, de 25 de junho de 1969, que introduziu o § 15, renunciou a uma definição legal do dolo e da culpa, apesar de o Projeto Governamental de 1962 (E 62) ter proposto tais definições. Dispunha o § 16 E 1962: ‘Age dolosamente aquele que quer realizar o tipo legal, sabe ou prevê como seguro que realizará o tipo, ou quem considera possível esta realização e aceita que ela ocorra’. Similar a proposta do § 17 do Projeto Alternativo (AE): ‘Age dolosamente quem realiza as circunstâncias de fato legais com conhecimento e vontade; age com dolo também quem leva a sério a possibilidade de realização das circunstâncias de fato legais e assume o risco de que tal venha a ocorrer’ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 20-21.

⁴ Código Penal Alemão: “§ 16. Quem, durante a comissão do fato não conhece uma circunstância pertencente ao tipo legal, atua sem dolo” (tradução livre do inglês). Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#16>. Acesso 02.01.2017).

⁵ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**, cit., p. XVI.

⁶ Código Penal Espanhol: “Art. 10. Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

⁷ Código Penal Espanhol: “Art. 14. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

⁸ Código Penal Argentino: “Art. 34: No son punibles: 1º el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Diferente é a situação do Direito Brasileiro, em que o Código Penal definiu dolo e de culpa, no artigo 18⁹, assim como ocorre, também, por exemplo, na Itália¹⁰ e em Portugal¹¹. No entanto, o fato de o Código Penal brasileiro ter definido dolo e culpa não fez com que tais elementos subjetivos fossem tratados de modo uniforme e pacífico pela doutrina e pela jurisprudência. Pelo contrário, nunca foi. Porém, atualmente, a dificuldade e a divergência de interpretação têm sido cada vez mais frequentes, especialmente em razão da ampliação da tipificação de crimes econômicos, em que o elemento subjetivo é de complexa caracterização, identificação e, mais ainda, de difícil comprovação.

Portanto, a análise que aqui é feita de doutrinas estrangeiras tem o propósito de buscar elementos para uma conceituação mais adequada do elemento subjetivo dos tipos penais, em especial do conceito de dolo e, conseqüentemente, sua delimitação com a culpa, considerando que deva ser aplicada tanto para os clássicos crimes do direito penal quanto para os modernos delitos. Sob pena de se inviabilizar uma análise isenta da questão, a exposição das teorias não será influenciada pela definição legal de tais conceitos no ordenamento jurídico pátrio. Apenas em um momento posterior, será verificada a compatibilidade da teoria eleita como sendo a melhor para resolver a questão do elemento subjetivo, com a regra legal do direito penal brasileiro.

⁹ Código Penal Brasileiro: “Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

¹⁰ Código Penal Italiano: “Art. 42. Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria sia essa dolosa o colposa. Art. 43. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”.

¹¹ Código Penal Português: “Art. 13. Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. Art. 14. 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização”.

Antes de analisarmos as teorias atuais sobre dolo e culpa, é importante expor, ainda que de maneira breve, as teorias clássicas¹², pois foi a partir delas que se desenvolveram as teorias atuais, seja rejeitando-as, seja revisitando-as com novos elementos ou interpretações. Portanto, conhecer os conceitos empregados na teoria do *dolus indirectus* e nas teorias clássicas da vontade e da representação, é importante para que se possa melhor compreender as modernas teorias sobre tipicidade subjetiva.

O dolo como pressuposto da responsabilidade penal começa a ser invocado no Direito Romano, em que se exigia a má intenção dirigida a um determinado fim – *dolus malus*. Essa exigência se contrapôs à responsabilidade pela mera causação do resultado¹³. Assim, no Direito Romano, como também ocorreu com os glosadores¹⁴, passou-se a exigir o *dolus malus* como requisito para a aplicação da pena, dolo este reconhecido como a intenção de lesionar direito, isto é, a vontade direta dirigida a este fim¹⁵. Porém, posteriormente, percebendo que não era suficiente distinguir o dolo da culpa apenas com base no querer ou não querer do autor, juristas na Idade Média criaram, ao lado da figura do *dolus directus*, o conceito de *dolus indirectus*¹⁶.

1.1 O *dolus indirectus*

A teoria do *dolus indirectus* teve vários representantes que, embora com algumas diferenças conceituais, fez ampliar o conceito primitivo de dolo. Passou-se a considerar, também, que há dolo nas situações em que alguns efeitos não diretamente queridos pelo sujeito eram esperados como consequências da ação desejada¹⁷.

¹² A separação entre as teorias clássicas e as atuais sobre o dolo terá por marco a obra *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, de Karl Engisch, de 1930, tal como proposta por Gabriel Pérez Barberá: “en dicha obra se sistematiza con notable precisión la evolución doctrinaria sobre el tema existente hasta ese momento, poniéndose de relieve todas aquellas características que permiten identificar a esas teorías como propias de un período ya superado de evolución dogmática (justamente el que aquí se denomina ‘período clásico’). Pero en esa misma obra, a la vez, se sientan las bases para una nueva discusión, tanto respecto del concepto de dolo como del de imprudencia, que influye hasta el día de hoy en la bibliografía especializada” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 157.

¹³ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**. Valencia: Tiral lo blanch, 1999, p.27.

¹⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 161.

¹⁵ Uma análise bem detalhada sobre a evolução do conceito de dolo desde o Direito Romano é encontrada em: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo V. La Culpabilidad. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 305 e ss.

¹⁶ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 24.

¹⁷ Assim explica Pérez Barberá: “se busca imputar al dolo ciertos sucesos no directamente queridos pelos por el autor pero que, conforme al curso natural de las cosas, cabe esperar que se produzcan como

O *dolus indirectus* teve o início de seu desenvolvimento na Itália, com Bartolus de Saxoferrato e, depois, Baldus de Ubaldis, no século XIV. Segundo a “doutrina Bartoli”, atribuída ao primeiro jurista, “*todas las consecuencias del hecho querido por el autor que, según un juicio objetivo, se derivan de él necesaria o probabelmente, deben imputarse como dolosas*”¹⁸. Baldus partiu da mesma premissa, mas acrescentou que o autor deveria ser consciente dessas consequências necessárias ou prováveis do feito desejado, exigência esta que passou a integrar a “doutrina Bartoli”¹⁹.

No século seguinte, a ideia central da “doutrina Bartoli” ingressou na Espanha com Diego de Covarrubias, porém, com uma relevante diferença: não exigia que o autor tivesse consciência das consequências necessárias ou prováveis do feito desejado. Ou seja, bastaria que, de um ponto de vista objetivo, aquelas consequências fossem necessárias ou prováveis da ação, de acordo com o curso natural das coisas, independentemente da consciência do autor. Covarrubias retomou a ideia originária de Bartolus, porém, relacionou essas consequências acessórias como sendo uma previsibilidade objetiva, não subjetiva entre o autor e o resultado, denominando-a de vontade indireta²⁰. O dolo, então, passou a ser considerado tanto quando havia a real intenção do sujeito em relação ao resultado causado – *dolus directus* –, quanto nas situações em que, mesmo não querendo diretamente as consequências advindas da ação, delas derivavam habitualmente – *dolus indirectus*²¹.

A teoria do *dolus indirectus* foi recepcionada na Alemanha posteriormente, tendo como seu principal representante Benedikt Carpzov²² que, a partir do ano de 1635, com sua obra *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, influenciou a doutrina até o final século XVIII, acentuando demasiadamente o aspecto objetivo, chegando a prescindir de uma efetiva relação cognitiva entre autor e consequências necessárias ou prováveis. Vale dizer, nos termos do que postulava Carpzov, era irrelevante se o sujeito havia representado as consequências acessórias, bastando que as

consecuencia de la acción efectivamente perseguida” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 163.

¹⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 162.

¹⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 162.

²⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 162-163.

²¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, p. 54.

²² PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit. p. 24.

pudesse ou devesse representar²³. Quanto à distinção entre o dolo e a culpa, sustentava-se a necessidade de verificação do perigo criado pelo autor, conforme o grau de probabilidade de sua realização²⁴.

Embora a teoria do *dolus indirectus* tenha sobrevivido por um grande período na Alemanha, ela foi alvo de muitas críticas, a principal delas de ampliar demasiadamente o conceito de dolo, além de gerar dificuldade na distinção entre o dolo e a culpa. Em razão disso, diversas teorias foram surgindo, na tentativa de delimitar o conceito de dolo, seja acentuando o elemento volitivo, seja aumentando a representação²⁵.

O *dolus indirectus* possui sua relevância até os dias atuais, na medida em que algumas teorias modernas cognitivas sobre o dolo, em especial a da probabilidade, em sua versão objetivista, foram baseadas em suas premissas²⁶, tal como a defendida por Ingeborg Puppe, ainda que com diferentes conceitos a ele agregados²⁷. Além disso, para alguns autores, o espírito do *dolus indirectus* pode ser encontrado na previsibilidade que se realiza na imputação objetiva, na medida em que não se analisa a representação do autor no caso concreto, mas se utiliza de critérios sobre o que é previsível para o homem médio. Por esse mesmo fundamento, sustenta-se, também, ser possível identificar tal teoria nas posições que defendem que para a prova do dolo, deve o juiz se valer de máximas de experiência, que representam o conhecimento médio num determinado momento histórico, numa determinada sociedade²⁸.

²³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 324-325; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 56. De se destacar, também, que conforme expõe Puppe, Carpazov afirmava que as consequências acessórias não habituais, ou seja, ocorridas por azar, não poderiam ser consideradas para configurar o dolo na teoria do *dolus indirectus*. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 25-26,

²⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 168.

²⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 169.

²⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 34.

²⁷ Nesse ponto, importante destacar não ser pacífico na doutrina o cunho normativista da teoria do *dolus indirectus*. Para Pérez Barberá, o *dolus indirectus* acaba por ampliar o significado de vontade, de forma similar ao que ocorre com a tradicional teoria da vontade, ao considerar como voluntárias certas consequências não desejadas pelo sujeito. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 166. No mesmo sentido, a crítica de Puppe: “É verdade que não se pode pupar a Carpazov a crítica de ter utilizado de modo inconsequente a palavra ‘vontade’, uma vez que ele primeiro afirma que o objetivo do dolo indireto não é querido, mas ao final ressalta que esse objeto na verdade é, sim, querido” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 26.

²⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 58-59.

1.2 Teorias da vontade

No final do século XVIII e início do século XIX, surgiram diversas teorias em oposição ao *dolus indirectus*, que podem ser reunidas em dois grandes grupos: teorias volitivas e teorias cognitivas. Entre as clássicas teorias volitivas, observa-se dois diferentes tipos, as que possuíam um forte cunho volitivo, inadmitindo o dolo eventual, e as que se contentavam com um conteúdo volitivo mais fraco ou menos intenso, que admitiam o dolo eventual.

Importante crítico à teoria do *dolus indirectus* e representante de uma teoria forte da vontade foi Paul Johan Anselm von Feuerbach, que deu grande ênfase ao aspecto psicológico para a caracterização do dolo²⁹. Para ele, em três situações se verificava o dolo. A primeira seria nos casos em que o sujeito tem a intenção direta de praticar o delito; a segunda se daria quando o autor pratica uma conduta que sabe ser delitativa, sabendo que ela produz mais de um resultado delitivo, mas lhe sendo indiferente qual dos resultados será realizado; por fim, a última situação seria aquela em que o sujeito, com a intenção de praticar um delito, age sabendo que, facilmente ou provavelmente, poderá ocasionar um delito, de forma que, se este último se produz, haverá dolo³⁰. No que se referia à culpa, Feuerbach a identificava com “*uma resolução ilegal da vontade a favor de uma ação ou omissão, ante a qual a lesão do direito se origina conforme as leis da natureza, sem a intenção do sujeito*”³¹. Essa vontade, é de se esclarecer, é a vontade direcionada à realização de um resultado³².

A teoria defendida por Feuerbach tinha como principal fio condutor a vontade, razão pela qual sequer admitia o que hoje se entende como dolo eventual³³. Nessa mesma linha de pensamento, exigindo a presença da vontade para a caracterização do dolo, se destacou Moritz Liepmann, para quem a indiferença diante das consequências acessórias poderia configurar dolo eventual ou culpa, sendo estas situações apenas,

²⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 309. De acordo com Puppe, “o descrédito em que Feuerbach jogou a teoria do dolo indireto foi uma guinada histórica para a teoria do dolo. Pelo menos a doutrina dominante foi lançada, de modo enfático e por longo tempo, numa trilha meramente psicológica” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 28.

³⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 172.

³¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 171.

³² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 390.

³³ 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. 227-228.

apenas, a título de culpa. O dolo se daria, somente, com a realização querida do tipo penal³⁴.

Para as clássicas teorias fortes da vontade, portanto, o dolo era identificado com o querer, com a intenção direta voltada à prática de determinado crime, ou a assunção de um resultado necessário ou previsto como seguro. Existindo a intenção, haveria dolo, inexistindo intenção, inexistindo a previsão segura do resultado ou não sendo este necessário, estaria caracterizada a culpa.

Considerando que, em muitas situações, não era possível afirmar que o sujeito tenha querido a realização da conduta típica, restando a ele a imputação do crime culposos, por razões política-criminais, ampliou-se o conceito de vontade para além da intenção, para além dos resultados necessários, considerando-se ter querido o agente que representa como possível a realização do tipo, aprovando ou consentindo com o resultado. Esta nova conceituação da teoria da vontade é a que representa a autêntica teoria da vontade³⁵.

Para esta teoria da vontade, importante destacar a necessidade de haver a representação, de forma que não se verifica a vontade se não há representação. É necessária, portanto, representação mais vontade. De outro lado, se houve representação, mas o agente atuou com a esperança de que o resultado não ocorresse, estaria diante de uma conduta culposa, por faltar a relação emocional exigida pelo dolo eventual³⁶. Esta teoria volitiva que admitia o dolo eventual, é a conhecida também como teoria do consentimento, da aprovação, da aceitação.

Um dos mais importantes representantes desta teoria volitiva foi Robert von Hippel, que considerava existir dolo se as consequências da ação eram desejadas pelo autor, mas também se lhe fossem indiferentes³⁷. Von Hippel se preocupou em estabelecer quando a consequência representada como possível, mas não querida pelo autor, poderia ser considerada como co-querida para configurar o dolo. Para ele, são co-queridas as consequências acessórias necessárias ao resultado desejado (dolo de segundo grau). E as consequências indiferentes devem ser consideradas co-queridas, ou

³⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 174.

³⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 175.

³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 61-62.

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 393-394.

seja, haveria dolo eventual se o sujeito preferiu a produção do resultado desejado e as consequências dele advindas, a renunciar a seus interesses³⁸.

Outro relevante defensor da teoria volitiva foi Francesco Carrara, para quem também o dolo dependia da vontade. Reconhecia que o conhecimento era parte indispensável para o dolo, mas negava que fosse a sua essência, pois, o determinante era a decisão de atuar, a vontade. Considerava que a intenção era composta pela inteligência – conhecimento da lei e previsão dos efeitos – somada à vontade – liberdade de escolha e vontade de agir³⁹, de forma que “*a intenção direta e, nos limites adequados, a intenção indireta positiva fazem surgir o dolo*”⁴⁰. Segundo o autor, a intenção se define como “*um esforço da vontade em direção ao delito*”⁴¹.

Carrara também trabalhava com o conceito de vontade indireta, verificada nas situações em que havia a previsão do resultado, mas não a intenção direta de alcançá-lo. Se o autor, não querendo o resultado, havia previsto a consequência como possível e, ainda assim, atuou, preferindo correr o risco de sua produção, ao invés de se abster de atuar, deveria ser considerada presente a vontade do agente. Conforme expõe Lorenzo Copello sobre a o pensamento de Carrara: “*al ser consciente del riesgo, el agente está integrando el efecto posible en la determinación de su voluntad*”⁴².

A clássica versão da teoria da vontade, portanto, considera presente o dolo se existir representação e vontade, considerando-se vontade em um sentido mais amplo: não somente o desejo diretamente voltado ao resultado (dolo direto de primeiro grau), mas também aceitação das consequências necessárias dele advindas (dolo direto de segundo grau) e a aprovação ou aceitação do resultado (dolo eventual). De outro lado, se não há previsão da ocorrência do resultado, não há dolo e, se o autor confia que o resultado previsto não irá ocorrer ou manifesta o desejo de evitar esse resultado, estará excluída a vontade e, portanto, também o dolo.

³⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 180. De se esclarecer que, nesse ponto, Pérez Barberá considera que a forma encontrada por von Hippel para considerar como co-queridas as consequências indiferentes ao autor nada mais é do que uma concepção normativ-objetiva do dolo, na medida em que se determina como devem ser consideradas as consequências, e não como efetivamente são para o autor. *Idem, ibidem*, p. 180.

³⁹ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini; J. R. Prestes Barra. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 76-77.

⁴⁰ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, cit., p. 79.

⁴¹ CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, cit., p. 77.

⁴² LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 44.

A teoria volitiva clássica sofreu críticas, especialmente, pelo fato de o dolo englobar situações em que não há vontade propriamente dita, denominando-se vontade indireta⁴³. Outra crítica refere-se à confusão conceitual do termo “querido”. O querer ora é utilizado em sentido descritivo-psicológico, ou seja, que o resultado era a finalidade de agir do agente; ora em sentido normativo, significando que o autor não poderá se isentar de responsabilidade sob a alegação de que não quis o resultado em sentido psicológico⁴⁴. Por fim, critica-se o fato de que, para a teoria clássica da vontade, não é suficiente a vontade para a caracterização do dolo, sendo necessário analisar a representação, o que faria com que não fosse exclusivamente volitiva⁴⁵.

1.3 Teorias cognitivas

De forma concomitante, ou até mesmo antecedente à teoria volitiva⁴⁶, mas ainda no período clássico, ganharam força as teorias clássicas cognitivas. Dentre elas, podemos encontrar uma distinção entre a teoria da representação, a teoria da probabilidade e a teoria da possibilidade.

As teorias cognitivas foram desenvolvidas por aqueles que defendiam que a intenção não integrava o dolo, pois estaria relacionada ao motivo do agente, sendo que o dolo poderia estar presente ainda que o sujeito não tivesse um motivo para a prática delitiva. Consequentemente, a presença de um elemento volitivo não era suficiente para a existência do dolo.

1.3.1 Teoria da representação

Na teoria da representação, passou-se a defender que o dolo deveria ser caracterizado pela representação do resultado e pela representação de que aquela conduta causaria ou seria apta a causar o resultado. Seus defensores sempre sustentaram com muita segurança a exigência de que o agente deveria prever o resultado e as suas

⁴³ Ne sentido, a crítica de Puppe: “Desde então busca-se um fenômeno psíquico descritível e verificável, que possa ser chamado vontade, apesar de ele não ser vontade no sentido psicológico e na linguagem cotidiana” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 28.

⁴⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 31-36.

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 313.

⁴⁶ De acordo com Laurenzo Coppel, a teoria desenvolvida por Franz von Liszt antecedeu à teoria volitiva. LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 46.

consequências necessárias ou prováveis. Porém, o mesmo não se poderia dizer quanto às situações em que os resultados eram apenas possíveis. E foi nesse ponto que a teoria da representação foi bastante criticada.

Um dos partidários desta teoria da representação, que procurou resolver o problema de identificação do dolo, foi Reinhard Frank, em fins do século XIX. Em contraposição aos defensores da teoria volitiva, Frank parte do pressuposto que o “querer o resultado” é insuficiente e inadmissível para determinar o dolo, sendo necessário se verificar as representações atuantes no ato de vontade, aqui entendida como ação voluntária.

Inicialmente, Frank identifica o dolo com a previsão (consciência) e o conhecimento do resultado da atuação⁴⁷. A previsão, por sua vez, seria a previsão de que o resultado é certo, ou é necessário ou é possível. Nesta última hipótese, a representação de um resultado como possível constituiria dolo apenas se sua representação segura não tivesse inibido o autor de agir, ou seja, se o sujeito agiu, mesmo estivesse seguro de que sua ação acarretaria naquele resultado. Mas, se entendesse que o sujeito teria se omitido se estivesse seguro quanto à produção do resultado, não haveria dolo⁴⁸. Essas considerações passaram a ser conhecidas como “primeira fórmula de Frank”.

Von Hippel criticou severamente Frank e outros adeptos da teoria clássica da representação, sustentando que a definição do dolo através da representação era apenas aparente. Objetava que os adeptos de tal concepção, embora refutassem a expressão “resultado querido”, por rechaçar o elemento volitivo, acabavam incorporado-a na teoria da representação, quando se estava diante de um resultado representado como possível. Em outras palavras, von Hippel dizia que a forma de resolver pela inclusão, no dolo, da figura do resultado representado como possível, nada mais era do que uma forma de se considerar o resultado como querido⁴⁹.

⁴⁷ Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 313.

⁴⁸ Assevera Frank: “Dolo (*dolus*) es la previsión (la conciencia) del resultado de mi actuación, unido al conocimiento de aquellas circunstancias, las cuales hacen punibles la acción. La previsión se expresa: 1º en el juicio: el resultado se cumplirá... (previsión del resultado como cierto); 2º en el juicio: el resultado debe cumplirse... (previsión del resultado como necesario); 3º en el juicio: el resultado puede cumplirse... (previsión del resultado como posible). Si la previsión del accionante se expresa a través de este último juicio, entonces existe solo sólo cuando la previsión del resultado como certa o necesaria lo habría hecho abstenerse de actuar” FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cèsar Faria, 2004, p. 61.

⁴⁹ Ctítica reproduzida segundo citação de: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 183.

Para resolver essa questão, a fim de evitar que atribuíssem à sua teoria elementos volitivos, Frank procurou conceituar diferentemente o dolo quando presente em situações em que o resultado é representado como possível. Propôs, então, o que ficou conhecida como a “segunda fórmula de Frank”, no sentido de que existe dolo quando o sujeito, representando como possível a realização do tipo, diz a si mesmo que irá atuar, independentemente do que possa ocorrer: “*puedan ser las cosas así o de otra manera, puedan ocurrir así o de otra manera, en todo caso yo actúo*”⁵⁰. O modo de se considerar o dolo eventual nessa segunda fórmula de Frank é também considerado como sendo consentimento, aprovação ou estar de acordo com o resultado. Por essa razão, Pérez Barberá entende que não houve uma mudança significativa da primeira para a segunda fórmula de Frank, na medida em que continuava sendo necessário utilizar-se de um elemento emocional para saber se o sujeito havia atuado com dolo ou não⁵¹.

Outro importante defensor dessa clássica teoria da representação foi Franz von Liszt, para quem dolo seria “*a representação da importância do ato voluntário como causa (representação da causalidade)*”⁵². Ou seja, o agente deve ter a representação do ato voluntário, deve prever o resultado, quando este for necessário, e deve ter a representação de que o resultado será efeito do ato voluntário e o ato voluntário causa do resultado⁵³.

No que se refere ao resultado ser necessário ou possível, von Liszt dizia que o dolo dar-se-ia incondicionalmente quando o agente tinha por certo o resultado, ou seja, o resultado era necessário. Mas quando o agente considerava possível o resultado, o dolo poderia se dar condicionalmente se a certeza da produção do resultado não demovesse o autor de sua prática, pois, “*o agente presta sua anuência ao resultado (o denominado dolo eventual)*”⁵⁴.

Nesse aspecto, para identificar o dolo quando o resultado da conduta é apenas possível, a posição de von Liszt é muito similar à de Frank. E é justamente neste ponto

⁵⁰ FRANK, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Hirschfeld, Leipzig, 1897, p. 63 ss., *apud* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 192; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 63; ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz y García Colledo, Javier de Vicente Remesa. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 438.

⁵¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 193.

⁵² VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899, p. 270.

⁵³ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**, cit., p. 271-272.

⁵⁴ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**, cit., p. 274.

que reside uma das maiores críticas à teoria da representação, feita pelos defensores da teoria volitiva: ao falar em “consentir” ou “anuir”, para caracterização do dolo eventual, nada mais seria do que “querer” o resultado e, portanto, estar-se-ia necessitando de um elemento volitivo⁵⁵.

Importante destacar, também, que von Liszt reconhecia a existência do elemento volitivo no dolo direto, porém, para ele, isso não agregava maior desvalor ao fato praticado com intenção, em comparação ao fato praticado sendo o resultado apenas previsto, mas não querido⁵⁶.

Portanto, segundo von Liszt, para a configuração do dolo, era imprescindível a previsão do resultado. Por outro lado, não havendo a previsão do que era previsível, restaria caracterizada a culpa⁵⁷. Esclarece, por outro lado, que se o resultado era possível, mas o autor confiava em sua não ocorrência, com suporte em sua experiência, também haveria culpa, na medida em que estar-se-ia diante de um erro⁵⁸.

A teoria da representação também sofreu críticas. Para alguns, acabava conduzindo a um direito penal do autor, quando tinha que analisar se o autor havia representado o resultado como seguro ou não. Isso porque, muitas vezes a resposta estava nos antecedentes pessoais do sujeito: se fosse uma boa pessoa, não teria previsto o resultado como seguro; mas se fosse uma pessoa má, o teria previsto. Ficaria a cargo do julgador essa decisão⁵⁹.

Para outros, a teoria da representação também era insuficiente para definir o dolo, pois, em certas situações, alguns feitos culposos acabavam sendo considerados como dolosos, por não ser levado em conta o elemento volitivo. Para muitos, não havia uma diferença material relevante entre as teorias volitiva e da representação. A diferença era mais terminológica ou formal, na medida em que a *aprovação* contida no dolo eventual nada mais seria do que um componente emocional, volitivo⁶⁰.

⁵⁵ Nesse ponto, merece transcrição passagem de Nelson Hungria, em que defende que Von Liszt e Frank aderiram à teoria da vontade: “*Na conceituação do dolus eventualis, von Liszt e Frank aderem iniludivelmente à teoria da vontade quando, em tal caso, declaram insuficiente a simples representação do resultado e exigem para este o consentimento do agente. Ora, consentir no resultado não é senão um modo de quere-lo*” HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I, Tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 115.

⁵⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 50.

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 50.

⁵⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**, cit., p. 51-52.

⁵⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 190.

⁶⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 186-187.

Criticando ambas as teorias, volitiva e da representação, Jiménez de Asúa considera que nem a teoria volitiva era suficiente, porque prescindia da representação, nem a teoria da representação era suficiente, pois prescindia do elemento volitivo⁶¹.

1.3.2 Teoria da probabilidade

Partindo da mesma premissa da teoria da representação, de que há dolo quando se representa a consequência da ação, não sendo possível equiparar o dolo com a vontade, encontra-se a teoria da probabilidade. A diferença, contudo, está no grau de probabilidade com que se representa a realização do resultado. A teoria da probabilidade tem especial relevo, pois, em fins do século XX, ela ressurgiu fortemente nas mãos de ilustres representantes do Direito Penal, adquirindo cada vez mais adeptos, ainda que em distintas versões, assim sendo sustentada até o presente momento.

A clássica teoria da probabilidade pode ser encontrada em duas diferentes vertentes: uma em que a probabilidade é representada subjetivamente; outra, em que a probabilidade é atribuída objetivamente.

A probabilidade representada subjetivamente é muito similar à teoria da representação, na medida em que o dolo consiste na representação do autor em relação à consequência da ação. Mas, para evitar que fossem consideradas como dolosas todas as condutas em que há representação, incluindo até os delitos culposos, a teoria da probabilidade acaba por estabelecer a diferença entre o dolo e a culpa, a partir do grau de probabilidade com que o autor representa as consequências de sua ação. Ou seja, nos casos em que o resultado não é querido⁶², mas o autor representa as consequências de sua ação ao menos como provável, atua dolosamente. Se, ao contrário, o autor não representou como provável o resultado, há culpa⁶³.

Um dos primeiros defensores da teoria da probabilidade representada subjetivamente foi Hermann Lucas, para quem o dolo se verifica se o autor representa o

⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 313.

⁶² De acordo com Pérez Barberá, a referência ao resultado não querido é relevante, pois, para a teoria da probabilidade representada subjetivamente, se o resultado é querido, passa a ser indiferente o grau de probabilidade que o autor representa, havendo dolo ainda que o grau de probabilidade representado seja pequeno. Porém, esse entendimento é criticado na medida em que se não há um mínimo de probabilidade do fato ocorrer, não se poderia reconhecer o dolo. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 197.

⁶³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 67.

resultado como necessário ou provável. No caso dos resultados representados como possíveis pelo autor, somente se caracterizaria o dolo se essa possibilidade tivesse relação com o curso normal das coisas, dentro dos limites de uma relação causal ordinária. Do contrário, se o autor representou como improvável ou remota a consequência, não haveria dolo⁶⁴. Importante colocação de Lucas quanto ao dolo eventual foi não considera-lo como uma espécie de dolo, mas sim como o dolo geral⁶⁵. Esse aspecto será retomado adiante, na análise do ressurgimento da teoria da probabilidade.

Seguindo essa mesma linha, em que importa, do ponto de vista do autor, o grau de probabilidade da produção das consequências não queridas, outro defensor da teoria da probabilidade, Alexander Löffler entende que deve haver um grau significativo de probabilidade, de forma que não se deve considerar as probabilidades baixas⁶⁶. Foi Löffler quem desenvolveu uma ideia bastante relevante par as teorias posteriores: a equiparação do grau de probabilidade de produção do resultado com a relevância ou qualidade do perigo criado, de forma que quanto mais grave é o perigo, maior é o grau de probabilidade de produção do resultado.

Löffler estabelece que a delimitação entre o dolo e a culpa deverá ser realizada por parâmetros quantitativos dos diferentes graus de probabilidade. Sabendo das dificuldades em se determinar um grau quantitativo de probabilidade, e para que não houvesse muita diferença na aplicação de pena, propôs que os limites máximos em abstrato de pena para o delito culposo se sobreponham aos limites mínimos do crime doloso, bem como sugeriu a criação de uma terceira forma de culpabilidade, que abarcaria o dolo eventual e a culpa grave⁶⁷.

Outro defensor da teoria da probabilidade, Lacmann, a fim de resolver a dificuldade na distinção entre dolo e culpa, prefere não quantificar matematicamente o grau de probabilidade. Considera que, se uma pessoa está acostumada a atingir um certo objetivo, quando age de uma determinada maneira, julgará como muito provável a chance de que tal objetivo ocorra. Em contrapartida, se alguém acredita não ter capacidade para atingir determinado resultado, julgará como pouco provável ou

⁶⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 198-199.

⁶⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 199

⁶⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 200-201; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., p. 67.

⁶⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 201-202.

improvável a ocorrência daquele resultado. Partindo dessas premissas, caberia ao julgador inferir, a partir de determinadas circunstâncias objetivas, se o autor considerava provável ou improvável a ocorrência de um resultado⁶⁸.

Outro defensor da teoria da probabilidade foi Hans Grossmann, que considera relevante o grau de probabilidade com que o autor esperava a produção do resultado: quanto maior a probabilidade com que o autor prevê a ocorrência do resultado, maior é a sua culpabilidade. Haveria culpa consciente se o autor previsse como pouco provável a realização do resultado. Por outro lado, se não houvesse representação, não haveria sequer culpa inconsciente⁶⁹.

Analisando o fundamento do juízo de culpabilidade na teoria da probabilidade, segundo a visão Grossmann – e também de Lacmann –, Puppe destaca que:

“O fundamento do juízo de culpabilidade mais severo no caso de representação de maior probabilidade do resultado está em que, quanto maior for o perigo segundo a representação do autor, mais fraca precisaria ser a motivação de evitar o resultado para dissuadir o autor de sua ação. O que se reprova ao autor doloso é que a motivação de evitar o resultado que ele deveria apresentar tenha sido tão fraca, que sequer a representação de uma alta probabilidade do resultado pôde afirmar-se contra os desejos ligados a seu projeto de ação”⁷⁰.

Tal posicionamento, contudo, é criticado por Puppe, pois, se a diferença entre dolo e culpa residisse na força da motivação de evitar o resultado, a intensidade do perigo por ele considerado deveria ser apenas um entre outros indicadores do dolo, não o mais importante⁷¹.

Em suma, para a teoria da probabilidade, de aspecto subjetivo, deve-se analisar a característica do perigo de realização representado pelo autor: se ele representou com grande probabilidade de ocorrência do resultado, há dolo; se representou com pouca probabilidade, há culpa. Mesmo com essa tentativa de distinção, a diferença entre o dolo e a culpa é de difícil identificação. Nesse ponto, a teoria da probabilidade é alvo de muitas críticas, por deixar a cargo do subjetivismo do juiz a aferição do grau de

⁶⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 204.

⁶⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 204-205.

⁷⁰ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, cit., p. 66.

⁷¹ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, cit., p. 66.

probabilidade da representação do resultado com que teria agido o autor⁷², para se definir se logrou com dolo ou com culpa. Isso pode gerar grandes injustiças, no caso concreto, seja em relação à quantidade de pena a ser aplicada, seja quanto à condenação ou não, em casos em que não há o crime culposos⁷³.

Como uma forma de tentar evitar que ficasse a critério do subjetivismo do juiz a distinção de dolo e culpa, e, na maior parte das vezes, se um fato seria considerado típico ou atípico, alguns autores passaram a defender que a teoria da probabilidade fosse atribuída ao autor objetivamente. Por também rechaçar a existência do elemento emocional e levar em consideração os graus de probabilidade de ocorrência do resultado, pode-se afirmar ser uma modalidade da teoria da probabilidade⁷⁴. Para essa vertente da teoria da probabilidade, é irrelevante o grau de probabilidade ou de relevância com que o perigo é representado pelo autor, pois ele lhe será atribuído objetivamente, a partir de circunstâncias fáticas. Assim, a diferença entre o dolo e a culpa reside “*no próprio perigo para o objeto da ação*”⁷⁵. Isso significa que, ainda que os resultados sejam queridos pelo autor, se o perigo criado era ínfimo, não se pode considerar presente o dolo.

Para a teoria da probabilidade objetiva, haverá dolo se o autor causou o risco de produção de determinado resultado, consciente das consequências de sua ação, consciência esta verificada a partir de parâmetros objetivos, de um juízo a partir da ciência e da experiência geral, e não a partir da opinião subjetiva do autor. Como explica Puppe: “*é o próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor, que fundamenta o reproche mais grave do dolo. O conhecimento*

⁷² Nesse passo, aponta Puppe que “*o significado da probabilidade não está em fornecer um substituto, mais ou menos adequado, para uma visão da alma do autor, visão essa que seria, na verdade, necessária, mas infelizmente inacessível para o juiz*” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 67.

⁷³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 69. Puppe critica tal vertente da teoria da probabilidade, sob o fundamento de que, ao final, o que será considerado para verificar o dolo é a intensidade do desejo do autor em realizar seu projeto. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 66.

⁷⁴ Alguns autores classificam essa teoria como sendo integrante da teoria da probabilidade, em sua forma objetiva. Nesse sentido: PÉREZ BARBERÁ **El dolo eventual...** op. cit. p. 207. Outros autores a classificam como sendo uma teoria independente, dentro do que se pode denominar de teorias objetivas. Nesse sentido: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 72.

⁷⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 66.

*do perigo intenso não indica o dolo no sentido da teoria da probabilidade, ele é o dolo*⁷⁶.

A teoria foi considerada superada⁷⁷, especialmente em razão de duas críticas que, aparentemente, restaram sem resposta. A primeira delas, saber qual “*cociente de probabilidade o dolo começa e a culpa termina*”; a segunda “*como o autor deve obter conhecimento de tais cocientes de probabilidade*”⁷⁸. Contra tais críticas, redargue Puppe que, nem mesmo os defensores da teoria da probabilidade defendiam a definição do dolo com base em determinadas cotas de probabilidade, ou seja, em um aspecto quantitativo, mas sim em um aspecto qualitativo. E acrescenta que até os dias atuais se verifica que diversas teorias sobre o dolo partem da teoria da probabilidade, pelo que considera “*enganosa a aparência de que a teoria da probabilidade teria perdido a luta contra a teoria da vontade*”⁷⁹.

Foi a partir dessas e outras críticas⁸⁰ recebidas que a teoria da probabilidade foi enfraquecendo e dando oportunidade para outras teorias se desenvolverem.

1.3.3 Teoria da possibilidade

Por fim, dentre as clássicas teorias da representação, se encontra a teoria da possibilidade. Diferente da teoria da probabilidade, essa teoria não se baseia em graus

⁷⁶ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 68.

⁷⁷ De acordo com Puppe, Frisch declarou, em 1990, que a teoria da probabilidade foi definitivamente superada. PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 68.

⁷⁸ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 69.

⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 69. A teoria defendida por Puppe é uma revisão desta clássica teoria da probabilidade, como se analisará no item 2.2.1.1.

⁸⁰ Ragués i Vallès destaca dois exemplos encontrados na doutrina, que, a seu ver, colocaram em xeque a teoria da probabilidade. O primeiro, no caso em que, embora seja grande a probabilidade de realização do resultado, a doutrina entende que o sujeito não é merecedor de pena, como na situação do médico que necessita submeter um doente a uma cirurgia, sabedor do grande risco de que o paciente venha a óbito com tal intervenção. De acordo com Ragués i Vallès, adeptos da teoria volitiva sustentavam que, neste caso, somente o elemento volitivo seria capaz de excluir o médico da conduta dolosa. Porém sustenta o autor que essa situação poderia ser resolvida por meio da adequação social, não enfraquecendo, assim, a teoria da probabilidade. O segundo caso, ainda de acordo com Ragués i Vallès, é mais difícil para se resolver por meio da teoria da probabilidade. É o caso da roleta russa, em que o atirador coloca apenas um projétil no revólver, cujo tambor tem capacidade para seis projeteis. A probabilidade de que o disparo faça com que o projétil saia é evidentemente pequena; bem menor do que a que disparo não provoque a saída do projétil. E, se o atirador assim agindo, e causa a morte de outra pessoa, estar-se-ia diante de um delito culposos, e não doloso, segundo a teoria da probabilidade. Neste ponto, entende Ragués i Vallès que a teoria não conseguiu fornecer uma solução adequada. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 69-71.

de probabilidade da realização do resultado, mas sim na representação da mera possibilidade de sua produção.

A teoria da possibilidade foi defendida por Bruck, que rechaçava a existência da culpa consciente, afirmando que “*si quien tiene en cuenta la posibilidad del resultado se encuentra ya in dolo, por lo menos en dolo eventual, ya no cabe hablar de culpa*”⁸¹. Outro representante da teoria da possibilidade foi Karl Wolff, para quem a representação da possibilidade do resultado deve ser concreta, ou seja, o autor deve ter representado que a produção do resultado era concretamente possível, de forma que uma possibilidade genérica não é suficiente para a caracterização do dolo. No que se refere à distinção entre o dolo e a culpa, Wolff defendia que ela se encontrava no conhecimento: se o autor conhecia a possibilidade da produção do resultado, há dolo; se não havia tal conhecimento, há culpa⁸².

Em suma, as teorias da possibilidade se distinguem da teoria da probabilidade, a partir da chance de ocorrência do resultado. Nas teorias da probabilidade há representação do resultado, tanto no dolo quanto na culpa, sendo que a diferença entre eles está no grau hipotético de ocorrência do resultado: se há mais chance (probabilidade) de ocorrência haverá dolo, se há menos chance de que o resultado ocorra do que não ocorra (simples possibilidade), haverá culpa. Já na teoria da possibilidade, diante da simples possibilidade de ocorrência do resultado, ainda que tal representação indique que há menos chance de que ele ocorra, do que ele não se verifique, já estará caracterizado o dolo. A teoria da possibilidade implica, portanto, um alargamento do que se compreende como conduta dolosa, em relação à teoria da probabilidade.

⁸¹ BRUCK, Felix. *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Koebner, Breslau, 1885, p. 17, *Apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 73.

⁸² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 216/217; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 73.

CAPÍTULO 2 – TEORIAS ATUAIS DE DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA

No Capítulo 1 foram expostas as teorias clássicas da vontade, da representação, da probabilidade e da possibilidade. Todas tinham finalidades comuns, que marcaram seus desenvolvimentos à época: procuraram conceituar o dolo, esclarecer o que se considerava dolo, e se as condutas consideradas como dolo eventual deveriam estar inseridas no campo do dolo ou no da culpa. Posteriormente, a partir dos conceitos que elas colocaram e das críticas que delas sofreram, essas teorias passaram a ser revisitadas. Partindo dos conceitos de dolo até então estabelecidos, as discussões atuais procuram definir melhor os limites do dolo, fazer sua distinção com a culpa e, até mesmo, estabelecer critérios de como se considera provado o dolo.

As teorias atuais serão analisadas em cinco grupos diferentes. O primeiro, representado por posições que invocam algum componente de cunho emocional, geralmente com a finalidade de se proceder à distinção entre o dolo e a culpa, denominado de atuais teorias volitivas. O segundo grupo, prescindindo de tal componente emocional, centrando o dolo no conhecimento, é o das atuais teorias cognitivas. O terceiro grupo é composto por teorias acumulativas, em que se aproveitam conceitos de teorias dos dois primeiros grupos. Um quarto grupo é representado por autores que se ocupam mais em resolver o problema da prova do dolo do que em conceitua-lo. Por fim, será exposta a teoria de Gabriel Pérez Barberá, que representa uma nova construção do dolo, que não se coaduna com nenhuma das teorias acima mencionadas.

Também nesse capítulo serão expostas a *recklessness* e a cegueira deliberada, que têm sido analisadas por doutrinadores a fim de se verificar quanto à possibilidade de complementar a tipicidade subjetiva com essas figuras.

2.1 Atuais teorias volitivas

Atualmente, a doutrina dominante considera o dolo como sendo uma cumulação entre conhecimento e vontade, mas não uma vontade no sentido da antiga teoria volitiva, em que a vontade era exclusivamente o propósito dirigido a determinado fim. As novas teorias de cunho volitivo consideram o dolo como sendo o conhecimento ao qual se deve somar um aspecto psíquico, de atitude interna do agente, mas que não se

identifica apenas com a efetiva à intenção, mas também englobando situações em que o agente não quer, efetivamente, o resultado, como ocorre no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual. Dentre as novas teorias volitivas, serão tratadas: a teoria da indiferença, a teoria do consentimento ou aprovação, a teoria da evitação, a teoria de levar a sério o perigo, a teoria da decisão contrária ao bem jurídico, entre outras.

2.1.1 Teoria da indiferença

Uma primeira teoria que teve importante papel no desenvolvimento do conceito de dolo, foi a teoria da indiferença, de Karl Engisch⁸³. Sua relevância decorre, principalmente, do fato de que serviu de ponto de partida para a teoria do consentimento, da aceitação, entre outras. Engisch parte das bases da clássica teoria da probabilidade, mas acrescenta um elemento psicológico, a indiferença, que seria um “*dado psíquico concreto*”⁸⁴.

Para Engisch, a forma mais clara de dolo é aquela em que o autor representa as circunstâncias do tipo legal e quer o resultado. A representação deve ser subjetiva, ou seja, do ponto de vista do sujeito, podendo se dar em qualquer grau. Há dolo se o agente representa o resultado como seguro, como provável ou como possível, desde que queira o resultado. Por outro lado, segundo Engisch, para a configuração do dolo a conduta deve ser idônea para atingir o resultado, de forma que, ainda que o autor represente e queira o resultado, se a conduta não for idônea, será inadequada para a produção do resultado, não sendo típica objetivamente⁸⁵.

Sendo a conduta idônea, deve-se analisar em que consistiria o dolo. Partindo da premissa que a periculosidade da ação faz parte do tipo objetivo, só haverá dolo se o autor tiver vontade realização do resultado típico, com representação da periculosidade objetiva da sua ação. É o que Engisch identifica como intenção dolosa. Essa intenção está diretamente relacionada com a probabilidade da ocorrência do resultado, do ponto de vista do autor. Ou seja, para o sujeito, deve haver um certo grau de probabilidade da ocorrência do resultado. De outro lado, se o autor tiver vontade de realização do

⁸³ Sua obra foi publicada em 1930, sob o título alemão *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*.

⁸⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 63.

⁸⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 230-231.

resultado típico, mas sem essa representação da periculosidade objetiva de seu agir, sua intenção não passará de mero desejo, o que não é penalmente relevante⁸⁶.

Para analisar a figura do dolo em que o autor não busca diretamente o resultado, denominado por Engisch de “dolo sem intenção”⁸⁷, deve-se dividir o dolo conforme os diferentes graus de probabilidade com que o autor espera a realização do resultado.

A primeira situação é aquela na qual o resultado típico é tido como seguro. O autor, com sua ação, não busca um resultado típico, mas este é uma consequência necessária de seu comportamento ou consequência necessária do resultado que busca e, mesmo representando o resultado típico, não se abstém de atuar. Neste caso, entende Engisch que o autor deve ser responsabilizado a título de dolo. Mas sua justificativa não tem como base o entendimento dos defensores da teoria da vontade, de que aqui o autor também quer o resultado. Seu fundamento está baseado no merecimento de pena, no sentido de que esse autor merece a mesma pena daquele que atua com dolo direto⁸⁸.

A segunda forma do dolo sem intenção é aquela em que as consequências do comportamento do sujeito ou as consequências do resultado por ele desejado são altamente prováveis. O resultado por ele desejado não é típico, apenas são típicas as consequências do seu comportamento ou do resultado almejado. Nesta situação, Engisch também entende que o autor merece a mesma pena do dolo direto. Com isso, evita que o sujeito alegue que confiou que o resultado típico não ocorreria⁸⁹. Portanto, independentemente da verificação da indiferença, se a probabilidade é grande, há dolo⁹⁰.

Diferente tratamento é concedido às situações de consequências apenas prováveis ou meramente possíveis. Se se verifica que a violação ao bem jurídico protegido era indiferente para o autor, lhe é imputada a conduta a título de dolo, por isso a denominação de teoria da indiferença⁹¹. Mas, para Engisch, essa indiferença que acarreta na imputação do dolo deve ser absoluta. Se for relativa, não se pode imputar a conduta como dolosa, a não ser que a consequência seja necessária ou altamente provável. Se a consequência for apenas provável ou possível, a indiferença que acarreta no dolo é a absoluta. É assim que, se o autor mostra, de alguma forma, ter acordado

⁸⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 231-232.

⁸⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 236.

⁸⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 238.

⁸⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 239.

⁹⁰ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, cit., p. 64.

⁹¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5^a ed. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 325.

positivamente com a provável ou possível realização do resultado, verifica-se a indiferença absoluta. Porém, se a consequência é desagradável para o autor, a indiferença é relativa e, portanto, não se pode considerar presente o dolo⁹².

Percebe-se, em suma, que Engisch é partidário da teoria volitiva, na medida em que a intenção caracteriza dolo, emboratambém inclua elementos da teoria da probabilidade, ao considerar que há dolo não só quanto às consequências necessárias do agir, mas quando tais consequências são altamente prováveis. E cria a teoria da indiferença para considerar o dolo quando as consequências são meramente prováveis ou possíveis⁹³.

A teoria da indiferença foi alvo de críticas, principalmente porque a expressão “indiferença” pode estar presente tanto em condutas dolosas quanto em condutas culposas, na medida em que muitas condutas culposas se fundam justamente na indiferença do autor frente à lesão ao bem jurídico. Logo, a indiferença não poderia ser um critério distintivo entre dolo e culpa⁹⁴. Puppe destaca que Engisch deixou de demonstrar o que “*caracteriza qual a relação entre o comportamento do autor e o ‘dado psíquico concreto’ da indiferença*”⁹⁵.

Roxin concorda com a premissa de Engisch, no sentido de que a indiferença é um indício seguro de que o sujeito se conformou com o resultado e, portanto, agiu com dolo. Porém, discorda da tese, pois o inverso não é verdadeiro: nem sempre que falta indiferença, inexistirá o dolo. Entende que ela restringe muito o âmbito do dolo, pois, haveria situações em que o sujeito representa como possível uma consequência típica,

⁹² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 244-245. Como destaca Armin Kaufmann, para Engisch, a diferença entre o dolo e a culpa consciente está no diferente grau de indiferença. KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. R. F. Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 13, n. 2, 1960, p. 202.

⁹³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 77.

⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 78.

⁹⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 63. Além dessa crítica, Puppe também considera haver uma confusão conceitual entre um conceito normativo e um descritivo de indiferença na teoria de Engisch. Assevera: “*Nos casos unívocos, ou seja, nos casos de reduzida ou de grande probabilidade, é o conceito normativo da indiferença atuada que delimita e justifica a decisão por dolo ou por culpa. Nos casos-limite de média probabilidade, é o conceito descritivo-psicológico da indiferença sentida que deve possibilitar a decisão. Por meio da negação ou da afirmação de tal indiferença sentida torna-se essa decisão algo formalmente unívoco; o problema é que, na prática, ela quase nunca conseguirá ser tomada de modo unívoco. Mais: o preço de tal univocidade é que o conceito da indiferença sentida – que, em princípio, não se justifica e, nos casos claros, reconhecidamente carece de qualquer significado – passa a ser, nos casos duvidosos, o fiel da balança*” *Idem, ibidem*, p. 64-65.

que lhe é desagradável, e que deveriam ser punidas a título de dolo, mas que, pela teoria de Engisch, acabariam se enquadrando na culpa⁹⁶.

2.1.2 Teoria do consentimento ou aprovação

A teoria do consentimento, também conhecida por teoria da aprovação, possui os mesmos princípios da clássica teoria da vontade, ou seja, pressupõe a representação do autor e acresce um elemento volitivo. Neste caso, o elemento volitivo consiste no consentimento ou na aprovação do autor em relação à produção do resultado. Isto é, o sujeito deve estar de acordo com a ocorrência do resultado.

Um dos representantes da teoria do consentimento ou da aprovação é Jürgen Baumann, que defende que o dolo exige tanto conhecimento quanto vontade do resultado⁹⁷, de forma que, quem tem conhecimento que sua conduta causa determinada lesão, mas não quer causar tal lesão, não atua dolosamente⁹⁸. De acordo com sua teoria, a representação existirá tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente, de forma que a distinção entre eles restará justamente no elemento volitivo⁹⁹.

Caso bastante conhecido e discutido doutrinariamente é o “Caso de la correa de cuero”¹⁰⁰, em que o Tribunal Supremo Federal Alemão (BGH) utilizou a terminologia “aprovação” para considerar que os autores haviam agido com dolo, quando, na realidade, era certo que eles não desejavam o resultado¹⁰¹. A decisão do Tribunal Supremo Federal acabou dando força tanto para os defensores das teorias volitivas, em razão de constar na decisão a necessidade de aprovação do resultado¹⁰², quanto para os

⁹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 432. Nesse mesmo sentido, RAGUÉS I VALLÈS. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 78-79.

⁹⁷ BAUMANN, Jürgen. **Casos penales y soluciones**. Parte general. Buenos Aires: Pannedille, 1971, p. 54.

⁹⁸ BAUMANN, Jürgen. **Casos penales y soluciones**, cit., p. 67.

⁹⁹ Citado conforme exposto por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 289.

¹⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 83-88. Para uma completa análise sobre o caso e seus reflexos na doutrina: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Caso del cinturón. *In Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2011, p. 193-205.

¹⁰¹ Mais especificamente, constou da sentença que “*éste aprueba el resultado en sentido jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Caso del cinturón, cit., p. 198.

¹⁰² Nesse sentido, Pérez Barberá trazendo posicionamento de Baumann a respeito do caso. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 289. Puppe critica a ampliação do conceito de vontade exarada no caso da cinta de couro, asseverando que “*tal formulação do conteúdo da vontade é sem*

que entendem ser irrelevante o elemento volitivo, pois, para estes, o que houve na prática foi reconhecer o dolo mesmo quando não estava presente o elemento volitivo¹⁰³.

Analisando a teoria do consentimento, Roxin explica que o termo “aprovação” sofreu muitas mudanças. Na sua versão clássica, a exigência da “aprovação” acabava restringindo muito o dolo, não sobrando espaço para o dolo eventual, pois se exigia que o resultado agradasse o sujeito. Por outro lado, se o sujeito fosse indiferente ao resultado, haveria apenas a culpa. Segundo Roxin, no “Caso de la correa de cuero” a teoria do consentimento teria sofrido uma evolução quanto ao conceito de “aprovação”, cujo conteúdo – e não sua terminologia – Roxin está de acordo: “*Si ‘aprobar’ no significa más que el sujeto incluye en el plan del hecho el posible resultado y en esa medida lo asume en su voluntad, existe acuerdo, ciertamente no terminológico, pero sí desde luego sobre el auténtico alcance del dolo eventual*”¹⁰⁴.

Atualmente, a teoria do consentimento é a dominante na doutrina espanhola, sendo, também, acolhida, há quase um século, pela jurisprudência alemã¹⁰⁵. Alguns doutrinadores, contudo, entendem que isso se dá de forma apenas terminológica pois, na prática, a solução de alguns casos segue outras teorias¹⁰⁶.

Uma das críticas formulada à teoria do consentimento ou da aceitação ataca o grau de relevância que se pode atribuir aos conceitos de “conformar” ou “aceitar”, vez que o sujeito que conta com a produção de um resultado tem que estar de acordo com ele. Segundo Ragués i Vallès, “*el conformarse se afirma siempre que el sujeto actúa en conocimiento de un riesgo sin confiar en la no realización del tipo y, por tanto, goza de*

sentido. Pode-se, é verdade, querer a ocorrência de um acontecimento sob certas condições, mas essas condições não podem ser o fato de que o acontecimento ocorra (...). Tal disposição em face do acontecimento pode ser chamada indiferença, mas não vontade condicionada” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 31.

¹⁰³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 86.

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 431-432.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 410.

¹⁰⁶ De acordo com Schünemann, na Alemanha, não se verifica mais o componente volitivo nas figuras dolosas diversas do dolo direto de primeiro grau, nas quais as fórmulas utilizadas para descrever o componente volitivo no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual não designam um fenômeno psíquico. SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. Trad. Luís Greco; Ana Cláudia Grossi. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131. Segundo Mir Puig, na Alemanha, “*la doctrina actualmente mayoritaria en Alemania se inclina hacia una postura, en parte eclética, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo*” MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. **Cuadernos de Derecho Judicial**. n. 33, 1994, p. 17.

tan nula autonomia conceptual como el aprobar en sentido jurídico postulado en la sentencia del Lederriemenfall”¹⁰⁷.

Em suma, a teoria do consentimento ou da aceitação é merecedora das mesmas críticas anteriormente feitas à clássica teoria volitiva, sendo a principal delas a de que o “consentir” e o “aceitar” nada mais são do que uma ampliação do termo “vontade”, para admitir o dolo nos casos de dolo eventual, em que não se tem a vontade propriamente dita.

2.1.3 Teoria da evitação

Armin Kaufmann critica a teorias do consentimento¹⁰⁸ e a da probabilidade, que, segundo seu entendimento, foram desenvolvidas apenas para resolver o problema do dolo eventual. Parte da premissa de que, uma boa teoria dolo, segundo sua estrutura e os seus critérios, deve determinar as fronteiras deste com a culpa e ser aplicável também ao dolo direto. Propõe, assim, uma teoria unitária do dolo. Kaufmann entende que a teoria da indiferença de Engisch atende esta exigência, na medida em que a indiferença é encontrada tanto no dolo eventual quanto no dolo direto¹⁰⁹.

Kaufmann desenvolve sua teoria considerando que a vontade de realização se estende a todas as consequências da conduta do autor, desde que este considere a possibilidade da existência ou da produção dessas consequências¹¹⁰. Isso é assim, pois, se o autor, sabendo que o meio empregado possivelmente acarretará uma consequência acessória, e se esta é realmente indesejada, ele deve procurar outros meios de agir, a fim de evitar tais consequências indesejadas¹¹¹.

¹⁰⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 104. Também nesse sentido, Pérez Barberá cita que essa foi uma das críticas formuladas por Engisch: “*observara Engisch en el sentido de que los giros ‘aprobación’, ‘aceptación’, etcétera, son tan retóricos y vagos que bien pueden emplearse como vestidura de cualquier teoría. Así – ejemplificaba Engisch –, un partidario de la teoría de la probabilidad podría decir que ele autor ‘aprobó’ al resultado cuando se lo represento como muy probable*” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 271-272.

¹⁰⁸ No entanto, Kaufmann destaca que “*las formulaciones positivas de la ‘teoría de la aprobación’ – ‘correr el riesgo’, ‘consentir’, ‘aprobar’ – pueden perfectamente ponerse en consonancia con el pensamiento que aquí se defiende*” KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, cit., p. 199.

¹⁰⁹ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, cit., p. 193.

¹¹⁰ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, cit. p. 194.

¹¹¹ KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*, cit. p. 195.

Prossegue Kaufmann analisando a hipótese em que o sujeito, consciente da possibilidade de produção de uma consequência acessória, ao mesmo tempo em que atua para buscar o resultado querido, também atua para evitar a produção da consequência não querida. Se o autor crê, erroneamente, que sua conduta irá evitar a consequência, mas esta se produz, entende Kaufmann que a vontade de realização do resultado não pode compreender a consequência acessória, pois estão ausentes os componentes intelectuais da vontade de realização desta, inexistindo o dolo¹¹². Em situação diversa, na qual o sujeito atua para evitar a produção de uma consequência acessória, porém, permanece na dúvida se as suas precauções são suficientes para evitá-la, entende Kaufmann que, também, não se pode considerar presente o dolo, pois, se o sujeito atuou com a finalidade de evitar a produção, a vontade de realização não se estendeu à consequência acessória¹¹³.

Hipótese distinta é aquela em que o sujeito não age para evitar a prática de consequências acessórias, mesmo ciente da possibilidade de sua produção. Não importa o motivo pelo qual o agente não evita a consequência: seja porque não é possível atingir o resultado desejado de forma diversa, seja porque mudar sua conduta seria custoso demais para o autor, ou, seja porque é indiferente para o autor a produção da consequência acessória. Sempre que o autor nada fizer para evitar a consequência acessória, Kaufmann considera que a vontade de realização engloba tanto o resultado desejado quanto suas consequências acessórias¹¹⁴.

A teoria da evitação é assim sintetizada por Kaufmann:

“Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como del efecto accesorio. Aquí falta una voluntad de evitación final”¹¹⁵.

Segundo o autor, a teoria da evitação estabelece um critério objetivo para a definição do dolo, pois o agente teria que externar a vontade de evitação, por meio de alguma atitude:

¹¹² KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, cit. p. 195.

¹¹³ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, cit. p. 195.

¹¹⁴ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, cit. p. 195-196.

¹¹⁵ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, cit. p. 199.

“La delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del ‘sentimiento’, de la ‘actitud’ y ni siquiera sólo de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; pues la voluntad de realización que se propone como objetivo la evitación del resultado accesorio, y con ello excluye la producción del resultado accesorio como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que ser voluntad dirigente que se manifieste en el acontecer externo. (...) sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su propia habilidade, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado”¹¹⁶.

A teoria da evitação, contudo, é alvo de críticas, pois, embora Kaufmann afirme que sua teoria possui um critério objetivo para definir o dolo, em verdade, o critério seria emocional e, portanto, subjetivo: a vontade de evitação. O que é objetiva é a forma de provar o dolo – através dos meios externos. Nesse ponto, correta a crítica de Pérez Barberá:

“el carácter objetivo de un criterio delimitador no depende del modo en que se obtiene la prueba de la presencia del dato empírico de que se trate, sino del parámetro a partir del cual, una vez comprobado empíricamente, se juzga su relevancia para la dogmática respectiva”¹¹⁷.

Mais do que isso, esse que seria o critério objetivo de provar o elemento emocional é o mesmo critério utilizado para provar qualquer outro elemento emocional nas demais teorias que contam com um elemento emocional, como a teoria da vontade, do consentimento ou da aprovação, de forma que, se estivesse correto o pensamento de Kaufmann, as demais teorias também poderiam sustentar que seus critérios também conduzem a uma objetivação da solução para definir os limites do dolo¹¹⁸.

Puppe afirma que Kaufmann fracassou na tentativa de precisar o conteúdo psicológico do dolo eventual pois, ainda que a vontade de evitar possa ter um significado para demonstrar um propósito de não realizar, há situações em que o autor cria um perigo reduzido, em que não há margem para poder agir para evita-lo, ao invés

¹¹⁶ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito, cit. p. 196-197.

¹¹⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 307-308.

¹¹⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 307.

de criar um perigo intenso, para depois poder reduzi-lo, atuando com o propósito de evita-lo. Em ambas as situações, contudo, segundo Puppe, o autor mereceria uma reprovação dolosa¹¹⁹. Já para a teoria de Kaufmann, na segunda hipótese, por ter externado a vontade de evita-lo, o autor não seria punido a título de dolo.

Roxin reconhece que o critério de Kaufmann é um importante indício da existência do dolo, pois, quando o sujeito deixa que as coisas sigam seu curso natural, sem fazer nada para evitar o resultado típico, se pode dizer que o autor concordou com o resultado; e, de forma contrária, se o sujeito dispense esforços para evitar o resultado, confiando no êxito de sua atitude, não terá atuado dolosamente. Porém, destaca Roxin que esse critério pode significar, apenas, em um indício da existência ou não do dolo, pois, muitos do que atuam culposamente, também deixam de agir para evitar o resultado, pois contam com a sorte¹²⁰.

Como já mencionado, Kaufmann postulava uma teoria unitária do dolo, rechaçando uma teoria que só fosse eficiente para definir o dolo eventual. Porém, como objeta Pérez Barberá, neste ponto falta consistência na teoria de Kaufmann, na medida em que não é uma teoria unitária do dolo, sendo útil apenas nas situações em que as consequências necessárias ou possível são evitáveis, enquanto que, nas que são inevitáveis, não há como se aplicar o critério da vontade de evitação¹²¹.

2.1.4 Teoria de “levar a sério o perigo”

Günter Stratenwerth desenvolveu a teoria conhecida como “levar a sério o perigo” de lesão ao bem jurídico foi desenvolvida por. Esta teoria aceita os fundamentos das demais teorias que consideram que o dolo é composto tanto de elementos cognitivos quanto de elementos volitivos:

“al dolo corresponden no solamente determinados presupuestos cognitivos, sino también una determinada actitud interior del autor, que – sin pretender hacer con ello una afirmación

¹¹⁹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit. p. 49.

¹²⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 437. Hassemer critica a teoria de Kaufmann por ela se centrar em um único indicador em relação ao conceito de dolo e sua diferença com a culpa, a vontade de evitação. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. Maria del Mar Díaz Pita. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 43, n. 1, 1990, p. 914.

¹²¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 309.

*de tipo técnico – la tradición ha querido caracterizar con su voluntad de realización de hecho punible*¹²².

No entanto, Stratenwerth procura definir de forma mais aprofundada esse elemento de atitude interna. No que se refere ao aspecto cognitivo do dolo, exige que esteja presente o conhecimento das circunstâncias do fato e que haja a previsão da ocorrência do resultado. Ao tratar das circunstâncias do fato, Stratenwerth considera que integra o dolo o conhecimento dos elementos objetivos do crime, embora não em sua tipificação legal: basta, por exemplo, saber que o bem furtado é de propriedade alheia¹²³. Além de conhecer os elementos do tipo, o sujeito deve estar consciente deles durante a realização de sua conduta¹²⁴. Por fim, para que esteja presente o conhecimento exigido para a caracterização do dolo, deve o sujeito considerar como realmente possíveis a realização dessas circunstâncias no caso concreto, ou seja, não como mero perigo abstrato¹²⁵. Sem essas exigências, não se considera satisfeito o requisito do conhecimento, e não se poderia falar em dolo.

Ainda no âmbito cognitivo, quanto à previsão da ocorrência do resultado, Stratenwerth afirma que o autor deverá ter a consciência de que a sua ação, ao menos, provavelmente, realizará o fato típico objetivo. E, para ter essa consciência, o autor “*tendrá que representarse – en aquellos delitos en los que, además de la ejecución misma, se requiere un resultado producido por ella – la conexión que fundamenta la imputación objetiva del resultado de la acción*”¹²⁶. O autor deverá, portanto, representar o resultado de sua conduta.

Para Stratenwerth, entretanto, além do conhecimento das circunstâncias do fato e da representação do resultado, para que seja caracterizado o dolo, “*es necesario, además, que el autor se decida por la realización de la lesión del bien jurídico*”¹²⁷. Nas situações envolvendo o dolo direto, ressalta Stratenwerth ser evidente que o agente decidiu pela lesão ao bem jurídico, seja porque tal lesão constitui a própria meta perseguida, seja porque, do ponto de vista do autor, é um pressuposto necessário ou um

¹²² STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. Parte General, I. Trad. Gladys Romero. Madrid: Editoriales Derechos Reunidas, 1982, p. 95.

¹²³ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 96.

¹²⁴ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 96-97.

¹²⁵ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 97-98.

¹²⁶ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 97-98. Neste ponto, Stratenwerth trata, também, do desvio do curso causal frente ao dolo. Embora relevantíssima a questão, não é objeto da presente pesquisa.

¹²⁷ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 105.

estágio necessário para a realização do fim perseguido, seja porque é uma consequência secundária inevitável, igualmente do ponto de vista do autor. Portanto, no que se refere ao dolo direto, não há dúvidas quanto ao fato de que houve uma decisão por parte do autor¹²⁸.

Diferentemente, quando se fala em dolo eventual, Stratenwerth propõe que diferentes circunstâncias sejam consideradas para se tentar estabelecer quais eram queridas pelo autor. De acordo com Stratenwerth, há dolo eventual quando o agente se conforma com uma meta diversa daquela querida em primeiro lugar. Exemplifica com o caso daquele que quer matar, mas que, após disparar o primeiro tiro, se conforma com a mera lesão corporal. Também haveria dolo eventual em relação a um fato típico que serviu de etapa para a prática de um outro tipo penal, este sim o fim da ação, mas desde que a etapa intermediária não seja uma etapa necessária para a realização do crime fim, seja apenas uma etapa possível. Por fim, também haveria dolo eventual em relação às consequências secundárias possíveis, decorrentes da realização do fim querido pelo autor. Porém, em relação a todos esses casos, a mera possibilidade de realização do fato típico não é suficiente para a caracterização do dolo eventual, o autor deve ter decidido pela lesão ao bem jurídico¹²⁹.

De acordo com Stratenwerth, para considerar presente o dolo eventual, o autor deve atuar considerando seriamente a possibilidade da produção do resultado, ou seja, deve levar a sério o perigo de produzir determinado fato típico. Contrariamente, estará ausente o dolo quando o autor, embora tendo consciência do risco de lesão ao bem jurídico, não o leva a sério¹³⁰.

No entanto, está ciente Stratenwerth que esta forma não resolve todos os problemas, pois haveria dificuldade para definir a situação do sujeito que age com total indiferença frente ao bem jurídico colocado em perigo. Neste caso, considera que também age dolosamente, devendo ser valorada “*la actitud del autor individual como se*

¹²⁸ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 106-107.

¹²⁹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 108-109.

¹³⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 111. Destaca Pérez Barberá que a teoria de “levar a sério o perigo” foi defendida com muito mais vigor em artigo publicado em 1959 (Stratenwerth, Günter – Khulen, Lothar. *Dollus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit*, en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” (ZStW), Berlin, 71 (1959) 51), sendo que, posteriormente, nas últimas edições de seu Manual, a tese foi muito relativizada. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 315.

*ella estuviera referida a una consecuencia lesiva que no le fuese indiferente*¹³¹, embora, na prática, acabem sendo feitos juízos mais generalizados.

A teoria de levar a sério o perigo é criticada porque, de certa forma, acaba privilegiando o sujeito descuidado, aquele que, frente a uma situação de perigo, não o leva a sério, em detrimento ao sujeito que leva a sério todas as possibilidades que representa¹³². Porém, a principal crítica formulada reside no fato de que a diferença entre o dolo e a culpa está sujeita a uma disposição interna do sujeito – o reconhecimento do perigo pelo autor –, sendo substancialmente mesma crítica formulada a outras teorias de cunho subjetivo¹³³.

A teoria defendida por Stratenwerth, de levar a sério o perigo de lesão ao bem jurídico, embora tendo recebido muitas críticas, teve grande influência nas teorias desenvolvidas posteriormente, sendo considerada a teoria mais aceita, atualmente, pela doutrina penal alemã¹³⁴.

2.1.5 Teoria da decisão contrária ao bem jurídico

Roxin, um dos defensores do dolo como conhecimento e vontade de todas as circunstâncias do tipo legal, desenvolveu uma teoria do dolo fundada na decisão contrária ao bem jurídico. Sustenta a divisão tripartite do dolo, como comumente se encontra na doutrina alemã e, em relação ao dolo eventual, teve como influência

¹³¹ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 111-112.

¹³² Segundo Puppe: “o injusto subjetivo do fato de maneira alguma diminui porque o autor se utilizou de estratégias psíquicas para tornar mais fácil a sua decisão em favor do injusto. Quanto maior, mais evidente e menos controlável for o perigo reconhecido pelo autor, tanto mais gravidade terá o reproche do desprezo à integridade alheia, caso não leve o autor a sério o perigo. Se o perigo for imenso e o autor o tiver claramente diante de seus olhos, e ainda assim o ignorar, não poderá ele receber um reproche menor do que o daquele que leva o perigo a sério da mesma maneira; muito menos poder-se-á fundamentar com base nessa diferença o abismo valorativo existente entre dolo e culpa. Nem se objete que uma tal diferença em relação à integridade e aos interesses de terceiros inexistente. A teoria dominante se vê, porém, obrigada a isentar da responsabilidade pelo fato doloso mesmo aquele autor que se interessa tão pouco pela possibilidade de lesão de outrem, que sequer chega a apresentar qualquer disposição interna em relação a ela, de modo que ele não vem a levar a sério o perigo, a vê-lo para si, a apropriar-se dele ou a considera-lo válido” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 56-57.

¹³³ Merece transcrição a crítica formulada por Puppe: “Também ela faz a diferença entre dolo e culpa depender exclusivamente de uma disposição interna que acompanha o fato, a qual liga o autor ao perigo por ele reconhecido; ou seja, ela se fundamenta em um dado meramente interno, cujo sentido não é claro e é, em princípio, inacessível à investigação e à prova forense. E, como a teoria da vontade, também a doutrina dominante falha em sua tentativa de identificar qual a relação entre o elemento anímico fundamentador do dolo e o fato” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 61.

¹³⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 51-52.

Stratenwerth, mas com algumas nuances. Considera haver dolo direto de primeiro grau, quando a prática do resultado é exatamente o que o agente persegue intencionalmente; dolo direto de segundo grau, em relação às consequências que o sujeito prevê como de realização segura, embora não sejam queridas; e o dolo eventual, quanto às consequências de sua ação, que não são queridas nem previstas como seguras, mas de ocorrência possível, o agente as assume em sua vontade¹³⁵.

Quando se fala em dolo direto de primeiro grau, em que há uma intenção de realizar determinado fato típico, sustenta Roxin que haverá dolo, independentemente de o resultado ser representado como seguro, ou apenas possível. Isso porque, ainda que o agente pratique uma ação que sabe ter pequena probabilidade de causar o resultado pretendido, se há intenção e tal resultado é atingido, deve ser considerado preenchido o dolo direto de primeiro grau¹³⁶. Também considera presente a intenção, ainda que a finalidade do sujeito não seja o resultado típico em si, mas qualquer consequência posterior à realização do resultado¹³⁷.

O dolo direto de segundo grau se refere àquelas consequências que, não sendo intencionais, são porém do conhecimento do agente, como segura¹³⁸ ou necessariamente produzidas com sua conduta. Roxin defende que essas consequências devem ser consideradas como “queridas”, mesmo se forem desagradáveis para o agente, pois, foram assumidas por sua vontade¹³⁹. Nesse ponto há, inegavelmente, um alargamento do sentido de “querer”, para incluir resultados que não foram, evidentemente, queridos pelo agente.

¹³⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 415. Na doutrina espanhola, Díaz Pita defende, também, um conceito de dolo como decisão contrária ao bem jurídico, porém, com outras nuances, inclusive quanto à divisão tripartite do dolo, em que postula uma teoria unitária do dolo. DÍAZ PITA, María del Mar. **El dolo eventual**, cit., p. 308-310.

¹³⁶ Neste ponto, Roxin explica que, em relação ao caso sempre lembrado academicamente, em que o sujeito envia alguém que queira matar para uma floresta, com a intenção que caia um raio sobre a pessoa, não pode responder por homicídio caso o resultado se produza, pois, a conduta praticada – enviar uma pessoa à floresta – não preenche objetivamente o tipo de homicídio, portanto, não se resolveria o caso no tipo subjetivo. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 418.

¹³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 419. É a situação, por exemplo, do sujeito que furta não visando seu aumento patrimonial, mas uma ascensão profissional.

¹³⁸ O termo “seguramente” é entendido por Roxin como sendo de alto grau de probabilidade de ocorrência. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 424. No mesmo sentido defendem Jescheck e Weigend: “*El caso en el que el autor considera el advenimiento del resultado típico como algo extremadamente probable hay que tratarlo del mismo modo que cuando existe certeza sobre su concurrencia*” JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 320.

¹³⁹ É o que assegura Roxin: “*El dolo directo (de segundo grado) representa un ‘querer’ la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto*” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 424.

Quanto ao dolo eventual¹⁴⁰, Roxin destaca que sua definição e diferenciação com a culpa consciente é de suma relevância, pois, na maioria dos casos, será decisiva para a punibilidade¹⁴¹, já que são poucos os crimes que admitem a forma culposa.

Nesse passo, segundo Roxin:

“Se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna a ella – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo”¹⁴².

Como se vê, Roxin considera caracterizado o dolo eventual quando há uma decisão pela possível lesão a bens jurídicos. Ou seja, quem inclui em seus planos a possibilidade de lesão a um bem jurídico, e não desiste de seu plano, tomou uma decisão por, possivelmente, lesionar tal bem jurídico, conformando-se com essa possibilidade. Esta situação seria diferente da culpa consciente, em que o sujeito tem conhecimento da possibilidade de produção do resultado, mas não o leva a sério, confiando em sua não produção¹⁴³.

Neste ponto, Roxin procura diferenciar o “confiar” na não produção do resultado da “esperança” que o resultado não ocorra: quem confia não leva em conta seriamente a ocorrência do resultado delitivo, então atua de forma culposa; diferentemente, quem leva a sério a possibilidade de produção do resultado, mas tem esperança que ele não se produzirá, atua dolosamente¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Roxin entende não ser correta a denominação dolo eventual, na medida em que não há nada de eventual na conduta dolosa, o que é eventual é a produção do resultado que depende de eventualidades: *“la denominación ‘dolo eventual o condicionado’ es incorrecta. Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es ‘eventual o condicionado’, sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea ‘bajo cualquier eventualidad o condición’). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas”*. Porém, segue utilizando a denominação dolo eventual, para manter a tradição ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 426.

¹⁴¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 415.

¹⁴² ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 427.

¹⁴³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 427.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 427.

Para Roxin, sua concepção de dolo eventual não difere muito das teorias da probabilidade pois, se o sujeito representa um resultado como sendo mais ou menos provável, levou a sério essa possibilidade:

“Todas estas teorías de la probabilidad no están demasiado alejadas en su resultado de la concepción aquí defendida. Pues el que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella. Si en el caso del dolo quien actúa ha de representarse ‘más que una mera posibilidad’ o incluso una ‘probabilidad predominante’, entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión del bienes jurídicos”¹⁴⁵.

Tanto que Roxin, ao tratar do dolo eventual, rechaça as teorias que levam em consideração algum aspecto da atitude interna, sustentando que, de forma contrária ao que ocorre com o dolo direto, em que há uma decisão em sentido psicológico a favor da violação do bem jurídico, no dolo eventual, não há uma autêntica decisão, mas se conclui, por meio da representação concreta do autor, que o sujeito, com seu comportamento, decidiu eventualmente favorável à violação do bem jurídico. E, assim sendo, sua teoria implica uma certa normativização do conceito de dolo eventual.¹⁴⁶ Diante disso, Roxin conclui que sua teoria é uma combinação dos pensamentos normativistas com as estruturas lógico-materiais¹⁴⁷.

Pérez Barberá formula interessante crítica no que se refere à linguagem empregada por Roxin do que seria “decisão”, no mesmo sentido do que ocorre com outras teorias de atitude interna, como “querer”, em que há um indevido alargamento de tais conceitos:

“En efecto, si se sostiene que dolo es decidir, querer, etcétera, y a la vez, se afirma que no sólo se decide o se quiere cuando realmente se decide o se quiere, sino también cuando no se decide o no se quiere pero se realiza algo ‘equivalente’ o ‘equiparable’ a

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 435.

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 435-436.

¹⁴⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 427. Em sentido contrário, Pérez Barberá entende que a teoria de Roxin não é uma combinação de teorias normativistas com as estruturas lógico-materiais, pois, ao tratar do dolo direto de primeiro grau, a decisão a favor da violação ao bem jurídico não é nada além de uma atitude interna, sendo irrelevante a probabilidade de realização do resultado. PÉREZ BARBERÁ. **El dolo eventual**, cit., p. 340.

querer o decidir, ciertamente se está haciendo un uso inadecuado del lenguaje”¹⁴⁸.

Essa crítica é relevante, na medida em que se percebe uma similitude da ideia de Roxin com as diversas doutrinas de aspecto volitivo, embora se verifique um certo avanço em relação a elas. Em todas essas teorias, a condição volitiva faz parte do dolo direto de primeiro grau. Por outro lado, a fim de justificar o merecimento de pena no caso de dolo direto de segundo grau e no dolo eventual, tais teorias propõem um alargamento ao conceito daquele aspecto volitivo, para inserir condutas que não são, efetivamente, de cunho volitivo. A título de exemplo, para a teoria do consentimento, a atitude interna que representa o dolo – o consentir – acaba abarcando também o não consentir, o ser indiferente, a mera representação, para caracterizar o dolo eventual. Mas a diferença entre a teoria de Roxin e as demais teorias de atitude interna é que Roxin reconhece que, para a ocorrência do dolo eventual, deve-se normativizar o conceito de decisão, assumindo que devam ser considerados aspectos objetivos, pelo que se aproxima muito de teorias normativistas, enquanto que as demais teorias insistem em sustentar que tais variantes do aspecto volitivo são também de aspecto volitivo.

A teoria de Roxin é objeto de crítica, no mesmo sentido da objeção formulada à na teoria de Stratenwerth, no caso em que se considera haver dolo, mesmo que ao sujeito seja indiferente à produção do resultado, pois faltaria um elemento de vontade positivo à produção daquele fato típico. Roxin defende seu ponto de vista, afirmando que quem é completamente indiferente a um resultado de possível produção, percebe de igual maneira a sua produção e a sua não produção, de forma que sua atitude de continuar a prática do ato se consolida numa decisão pela possível lesão ao bem jurídico¹⁴⁹.

2.1.6 Outras teorias volitivas

As teorias volitivas modernas, já expostas neste capítulo, são as mais aceitas pela doutrina. Apresentam uma combinação de aspectos cognitivos com volitivos, cada

¹⁴⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 341.

¹⁴⁹ Conclui, portanto, que “*quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así – en cierto modo mediante actos concluyentes – en contra del bien jurídico protegido*” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 429.

qual com sua denominação ou variante, mas, basicamente, consideram o dolo como sendo o conhecimento dos elementos do tipo e vontade de realização. De uma forma geral, há consenso no que se refere ao dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau. No primeiro, é muito forte o elemento volitivo do agente; no segundo, embora não haja o “querer” por parte do agente, há uma certeza quanto à realização do fato típico. Por outro lado, as teorias divergirem no que se refere à caracterização do dolo eventual, em que não há uma vontade nem uma certeza da realização do resultado, embora, acabem distinguindo o dolo eventual da culpa consciente com base em algum aspecto volitivo.

Essas teorias, desenvolvidas por doutrinadores alemães, serviram de base ou ponto de partida para diversas outras teorias, tanto na própria Alemanha quanto em diversos outros ordenamentos jurídicos, como na Espanha. A discussão em tais países é bem profunda, pois, a legislação penal não estabelece o conceito de dolo ou culpa, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência essas definições.

Na Alemanha, pode-se mencionar, ainda, a teoria de Jescheck e Weigend, para quem o dolo significa conhecer e querer os elementos objetivos do tipo¹⁵⁰, mas que renunciam a uma concepção global de dolo, pois entendem que cada classe do dolo deve ter uma definição diferente. Segundo os autores, a intenção é a forma mais comum do dolo, é aquela em que o sujeito persegue a ação típica (seria o dolo direto de primeiro grau); no dolo direto (dolo direto de segundo grau) o sujeito sabe, com segurança, que ocorrerão determinados elementos típicos, os prevê, mas lhe falta a intenção; no dolo eventual o sujeito considera seriamente a possibilidade de realização do tipo penal e se conforma com ela, tendo a consciência da existência de um perigo concreto, e o levando a sério. A culpa consciente se distingue do dolo eventual, pois naquela o sujeito reconhece o perigo, mas nega a existência do risco em concreto¹⁵¹.

Em sentido muito similar, para Wessels, quando há intenção, ou seja, se o sujeito quer a ocorrência do resultado, é indiferente se ele representa a realização do tipo como certa ou somente como possível; no dolo direto (de segundo grau), o agente sabe ou prevê como certa a realização do tipo penal; no dolo eventual, o agente “*tem seriamente como possível e se conforma com isso, de que sua conduta conduz à realização do tipo*

¹⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 314.

¹⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**, cit., p. 314-322.

legal”¹⁵². No que se refere à distinção do dolo eventual com a culpa consciente, Wessels considera que em ambos o autor representa como possível a ocorrência do resultado, mas no dolo eventual ele se conforma com o risco da realização do tipo, enquanto que, na culpa consciente, ele confia na não ocorrência do resultado¹⁵³. Para Wessels, o dolo eventual será sempre suficiente para a condenação, à exceção de quando a lei exija, expressamente, um elemento subjetivo a mais, por exemplo, com consciência¹⁵⁴.

Um pouco diferente se encontra a teoria defendida por Hans Welzel, que agrega um valor relevante ao aspecto volitivo do agente, porém, este elemento psicológico estaria presente, apenas, no dolo direto de primeiro grau, diferentemente das demais teorias volitivas, que incluem um elemento volitivo também no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual. Welzel exige um elemento volitivo apenas para o dolo direto de primeiro grau, aplicando, para o dolo direto de segundo grau e para o dolo eventual, critérios próprios da teoria da probabilidade.

Analisando as consequências necessárias advindas com o meio ou com o resultado, no denominado dolo direto de segundo grau, Welzel demonstra não ser relevante o aspecto psicológico:

*“En el caso de conexión neccesaria con el meio, la producción del resultado, concomitante es también segura; en caso de conexión necesaria con el fin no es el caso inevitablemente, ya que el objetivo es sólo pretendido en cuanto posible de producirse. En ambos casos es irrelevante de si el autor deseó la consecuencia concomitante, le era indiferente o indeseable”*¹⁵⁵.

E, ao tratar do dolo eventual, fica ainda mais evidente sua opção por critérios da teoria da probabilidade. Welzel considera o dolo eventual quando o agente conta com a produção do resultado, fundamentando na representação da teoria da probabilidade¹⁵⁶. Neste ponto, inclusive, Welzel destaca a importância da teoria da probabilidade, ao considerar que a possibilidade não é suficiente para delimitar o dolo:

“Quien actúa puede, en relación a su objetivo o los medios escogidos, convertir en objeto de su voluntad de realización, también

¹⁵² WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 51-52.

¹⁵³ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, cit., p. 52.

¹⁵⁴ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**, cit., p. 53.

¹⁵⁵ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, cit., p. 99.

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, cit., p. 100.

algo cuya realización sólo estima posible, pero no probable. Sólo respecto a los resultados concomitantes – que no son objeto primario de la voluntad de realización, sino sólo entran en ella en forma secundaria, en la medida en que el autor cuenta con su producción –, es relevante el criterio de la probabilidad para el ámbito de la voluntad de realización, en cuanto es esencial para determinar si el autor en su decisión a la acción cuenta que se produzcan o, por el contrario, confía en que no se produzcan”¹⁵⁷.

Por considerar de maneira tão enfática os critérios da teoria da probabilidade e por prescindir do elemento volitivo para o dolo direito de segundo grau e para o dolo eventual, autores como Roxin e Pérez Barberá consideram Welzel defensor da teoria da probabilidade¹⁵⁸. Porém, considerando o critério aqui adotado de que uma teoria será cognitiva se prescindir, totalmente, do elemento volitivo, não se pode considerar Welzel como defensor da teoria da probabilidade, na medida em que, para o autor, o elemento volitivo deve estar presente no dolo, como se verifica da seguinte passagem:

“Todo dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. (...) La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización). El ‘querer’ condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo”¹⁵⁹.

Na Espanha, também há importantes adeptos de teorias volitivas, como Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée, que consideram que o dolo exige conhecimento e vontade. No que toca ao aspecto cognitivo do dolo, o conhecimento deve ser atual, compreendendo aquilo que está presente no momento da realização típica, seja consciente seja inconscientemente. Quanto ao aspecto volitivo, o querer é uma vontade de realização, que deve se materializar em atos, de forma que se considera o fato

¹⁵⁷ E prossegue o autor: “Pues, contrariamente a una opinión muy difundida, confiar en la no-producción del resultado no significa en absoluto que el autor no crea posible la realización del resultado. Muy por el contrario, la representación del peligro puede muy bien coexistir con la confianza en que todo saldrá bien” WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, cit., p. 102.

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 435; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 368-370.

¹⁵⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**, cit., p. 97. Inclusive, o próprio Welzel não se considera um representante da teoria da probabilidade: “*Tampoco satisface la teoría de la probabilidad en la medida en que interpreta el ‘querer’ em forma demasiado intelectualizada*” *Idem, ibidem*, p. 102.

querido ainda que não tenha sido diretamente desejado pelo autor, mas seja consequência necessária de um fato querido pelo autor. Para a configuração do dolo eventual, o fato típico deve ser tido como provável, ou seja, o sujeito deve contar com a probabilidade de sua ocorrência¹⁶⁰.

2.2 Atuais teorias cognitivas

As teorias volitivas ocuparam largo espaço na doutrina e na jurisprudência, especialmente com a teoria do consentimento ou aprovação, considerando-se as teorias da representação quase como superadas. No entanto, aos poucos, verifica-se uma retomada das antigas teorias cognitivas, como da probabilidade, revisitada por Puppe e por Jakobs, bem como da possibilidade.

As tentativas de conceituar ou dar uma explicação ao termo “vontade” nas teorias volitivas, substituindo-a por expressões como “estar de acordo”, “assunção do risco”, “aprovação”, “aprovação em sentido jurídico” ou, até mesmo, “indiferença”, são alvos de inúmeras críticas por parte da doutrina cognitivista, hoje ainda minoritária, mas que tem ganhado cada vez mais discípulos.

Puppe, na atualidade, uma das principais representantes da teoria da probabilidade de conho cognitivista, rechaça veementemente as teorias de conho volitivo, criticando as tentativas de substituição do conceito de vontade:

“todos esses conceitos são usados com a mesma ambiguidade que o conceito de vontade. Eles são introduzidos no conceito de dolo como descrições de uma real disposição interna do autor em relação ao resultado. Como tal, o consentimento ou assunção do risco do resultado só podem significar que, para o autor, a ocorrência do resultado ou é desejada ou indiferente. Esse sentimento, porém, não pode ser pressuposto do dolo. Pois para aquele que age com dolo direto de segundo grau, o resultado pode ser completamente indesejado, não podendo tampouco falar em indiferença. O reproche da indiferença ou da assunção do risco lhe pode ser dirigido justamente porque, apesar de tal sentimento, não conseguiu ele se

¹⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**, cit., p. 212-218.

abster de seu projeto de ação. Tal significa, porém, que o conceito de indiferença não é mais utilizado em sentido psicológico-descritivo, mas sim em sentido normativo. Utilização igualmente ambígua recebe a palavra aprovação na teoria da vontade”¹⁶¹.

É a partir dessas críticas que tomaram corpo teorias que se posicionaram contra um aspecto volitivo no dolo, tais como a própria teoria de Puppe e a teoria de Jakobs, entre outras.

2.2.1 Teorias da probabilidade

As teorias da probabilidade têm como principal elemento para verificação da existência do dolo a representação da probabilidade de realização de determinado resultado, rechaçando qualquer elemento volitivo. O elemento diferenciador entre as diversas versões da teoria da probabilidade é a forma de conceituar ou reconhecer a probabilidade.

Hellmuth Mayer constrói sua tese sobre o dolo a partir de um conceito de vontade em sentido jurídico, entendendo que o dolo e a imprudência constituem níveis ou graus do domínio atual da vontade sobre o fato. Essa vontade, porém, não é a vontade entendida em sentido psicológico das teorias volitivas, mas uma vontade que constitui, ao mesmo tempo, o saber e a decisão de atuar. Sua escolha pela teoria da probabilidade é verificada especialmente quando trata da diferenciação entre o dolo eventual e a culpa, considerando que haverá dolo sempre que o sujeito representa como provável o resultado proibido ou as circunstâncias dele decorrentes, tal qual na antiga teoria da probabilidade subjetiva, não se podendo, por outro lado, entender existente o dolo se o autor representar o resultado como totalmente improvável¹⁶². A probabilidade seria mais que mera possibilidade, e menos que probabilidade predominante¹⁶³.

¹⁶¹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 37. A crítica formulada por Puppe sobre a ambiguidade dos termos utilizados para substituir o elementos “vontade” é dirigida não somente em relação aos doutrinadores defensores de teorias volitivas, mas também contra a jurisprudência da Alemanha. Segundo a autora, ora a jurisprudência utiliza expressões em sentido psicológico, ora em sentido normativo, ora em nenhum destes sentidos, e conclui: “*Da maneira como ela é utilizada pelo BGH, não tem ela sentido algum*” *Idem, ibidem*, p. 39.

¹⁶² MAYER, Hellmuth. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1953, p. 244-250 *apud* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 366.

¹⁶³ MAYER, Hellmuth. *Strafrecht*, cit., 250 *apud* ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 435; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 366; WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**.

Mais recentemente, Rolf D. Herzberg defende a utilização de critérios objetivos para identificar o dolo: “os critérios nos quais se deve valorar se o perigo é ou não levado a sério não são entregues à disposição do autor, mas sim determinados normativamente, como critérios objetivos”¹⁶⁴. O relevante não é se o agente levou a sério um perigo, mas se ele conhece um perigo que deve ser levado a sério¹⁶⁵. Herzberg propõe uma nova formulação de como distinguir o dolo da culpa, a partir de três conceitos: o perigo assegurado pela atenção humana, que é aquele em que o autor pode confiar, de um modo fundamentado, que está sob o seu controle; o perigo não assegurado, que é aquele em que não existem fundamentos objetivos para confiar em sua não realização; e o perigo não assegurado, mas remoto, em que a realização do tipo pode fundamentar um caso de azar¹⁶⁶.

Numa situação em que o perigo é pequeno e é possível considerar que a vítima ou o próprio autor possa atuar de forma preventiva para evitar tal perigo, não se pode falar em dolo, mas apenas em culpa. É o exemplo de um acidente automobilístico, em que, é sabido o pequeno risco de um acidente ser causado por manobras arriscadas, porém, também é sabido que as supostas vítimas ou o próprio autor possam atuar com mais atenção e evitar o resultado¹⁶⁷.

Se para outro perigo não tem como a atuação humana exercer uma proteção, então o perigo é não assegurado. Nestas situações, haverá dolo. O exemplo dado por Herzberg é o da roleta russa¹⁶⁸.

Por fim, em uma situação em que o perigo é remoto, deve ser analisada a representação do autor. Se el considera a ocorrência do resultado como extraordinariamente improvável, a punição será a título de culpa. Mas, se o agente não considerou extraordinariamente improvável, haverá dolo. O autor destaca, porém, que

Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 100.

¹⁶⁴ Citado conforme exposto por: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 79-80. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 446.

¹⁶⁵ Citado conforme exposto por: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 79; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 143.

¹⁶⁶ Citado conforme exposto por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 453; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 143-144.

¹⁶⁷ Citado conforme exposto por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 454-455; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 143.

¹⁶⁸ Citado conforme exposto por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 455-456.

não se trata de analisar a crença ou a confiança do sujeito na realização do resultado, mas sim em seu conhecimento¹⁶⁹.

Na doutrina, é reconhecido o mérito de Herzberg ao rechaçar o elemento volitivo para configurar o dolo, procurado se firmar em critérios objetivos. Porém, Herzberg sofre críticas quanto à dificuldade em definir, objetivamente, o que seria um perigo descoberto, e também porque, em algumas situações de perigo descoberto, não necessariamente a reprovação deve ser o dolosa¹⁷⁰.

2.2.1.1 A teoria de Ingeborg Puppe

Atualmente, Ingeborg Puppe é uma das mais reconhecidas defensoras da teoria da probabilidade, especialmente pela peculiaridade de sua construção teórica. Sua teoria, por ela própria denominada “teoria normativa da vontade”, define o dolo com base em uma vontade em sentido normativo, determinada com um único critério: a qualidade do perigo conscientemente criado pelo autor.

De acordo com Puppe, a qualidade do perigo que fundamenta o dolo será o perigo doloso, o qual se verifica quando representar, em si, um método idôneo para a provocação do resultado¹⁷¹. Por sua vez, só será um método idôneo para o resultado aquele que tiver alta probabilidade de acarretar o resultado: “*Só se pode falar em métodos de provcação do resultado se, segundo os conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for relativamente grande*”¹⁷².

De se esclarecer que Puppe ressalta ser impossível determinar quantitativamente o grau de probabilidade do perigo, ou com índices numéricos:

“pouco se pode dizer em termos gerais sobre a quantidade do perigo; é em especial impossível fornecer índices de probabilidade. Tal não é, porém, um defeito da teoria, pois também no nosso agir prático não nos orientamos segundo índices de probabilidade, e sim

¹⁶⁹ Citado conforme exposto por: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 456-457.

¹⁷⁰ Citado conforme exposto por: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 146; PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 80.

¹⁷¹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 82.

¹⁷² PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 83. Acrescenta, ainda, a autora, que

*segundo um repertório de métodos fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos*¹⁷³.

Assim, conclui Puppe que a única solução é trabalhar com uma distinção qualitativa entre perigo doloso e perigo culposo¹⁷⁴.

No que se refere ao conhecimento que se exige do autor, Puppe considera que, para que se possa qualificar o risco criado como um risco doloso, o autor deve conhecer todos os fatores integrantes do risco de realização do tipo por ele criado, embora não seja necessário que ele realize uma valoração sobre tais fatores:

*“O autor deve conhecer tantos fatores integrantes do risco de realização do tipo por ele criado quantos sejam necessários para qualificar esse risco como um risco doloso. Ele não precisa, contudo, valorar o perigo como um método idôneo para a realização do tipo, pois se trata de uma questão de direito, e não de fato. Ele deve, todavia, saber da existência de um perigo de realização do tipo*¹⁷⁵.

Puppe considera não ser correto entregar ao autor o poder de decidir sobre a relevância da consciência do perigo. A seu ver, cabe ao Direito verificar a relevância jurídica de determinado perigo, do qual era consciente o autor¹⁷⁶. De acordo com Puppe:

“não se deve perguntar se o autor confiou na não-ocorrência do resultado, mas sim se uma tal confiança merece ser levada em consideração pelo direito, que reprovará assim ao autor somente o agir culposo, e não o doloso. Se o autor tinha ou não essa confiança,

¹⁷³ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 83-84.

¹⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 79; PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 58, 2006, p. 118.

¹⁷⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 87-88. Em outras palavras, a mesma autora explica: *“Para a teoria normativista da vontade, que defendo, interessa apenas que o autor tenha conhecimento de um perigo intenso de que a vítima morra caso ele aja, ou caso ele alcance seu objetivo, perigo esse cuja intensidade deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com a morte da vítima. Se o autor tem conhecimento de um tal perigo, não poderá depois eximir-se, alegando que não estava de modo algum de acordo com a morte da vítima, mas que ignorou esta possibilidade, ou que esperava que apenas desta vez tudo acabasse bem”* PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente, cit., p. 116.

¹⁷⁶ Essa é uma das críticas de Puppe à opinião dominante, que considera o dolo como conhecimento e vontade em sentido amplo: *“ela concede ao autor justamente esta competência de ignorar um perigo intenso e de negar-lhe qualquer relevância para o seu agir, ou de aceitar um perigo reduzido e com isso conferir-lhe relevância para o seu agir. Mas, como vimos, tal só ocorre na aparência. Porque atestar-se que o autor ‘assumiu aprovadamente’ o resultado, ‘aceitou-o’, ‘consentiu com a sua ocorrência’, é necessário, como se diz em numerosos julgados de nossos tribunais superiores, ‘proceder a uma valoração que leve em conta todas as circunstâncias relevantes do caso concreto’*. E isso faz com que a jurisprudência acabe valorando não o fato, mas o autor. PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente, cit., p. 120.

*tal é o momento de disposição interna, irrelevante para o injusto subjetivo*¹⁷⁷.

Portanto, fica claro que Puppe rechaça qualquer elemento de caráter psíquico para a configuração do dolo, restando a cargo do Direito a análise quanto eventual consideração quanto à confiança do autor. Neste passo, cabe trazer uma ponderação que Puppe faz em relação ao conceito de vontade. A vontade do agente que tinha a intenção, que almejou o resultado, é uma vontade em sentido descritivo-psicológico. Diferentemente, pode-se considerar que a atribuição do dolo ao agente que agiu conscientemente caracteriza uma vontade, mas uma vontade em sentido atributivo-normativo, que significa, apenas, que ele não poderá se eximir de sua responsabilidade alegando que não quis o resultado¹⁷⁸. Por isso denomina sua teoria comonormativa da vontade.

De acordo com a autora, a única coisa que o dolo tem em comum com a vontade em sentido psicológico é que *“o autor cria voluntariamente um fator necessário do perigo doloso por ele conhecido”*. No entanto, a vontade, por si só, é irrelevante pois, se faltar a representação de um perigo doloso de resultado, a vontade não supre essa ausência¹⁷⁹.

Por fim, para que o direito possa identificar um comportamento como sendo doloso, deve-se analisar objetivamente suas circunstâncias, se representam um perigo tal que, quem atua com esse conhecimento, só pode ter atuado com dolo: *“O comportamento do autor será, portanto, expressão da máxima de que a lesão deve ser ou pode ser, se uma pessoa que age e pensa racionalmente só pudesse ter agido da mesma forma, caso ela efetivamente quisesse ou aprovasse o resultado”*¹⁸⁰.

No que diz respeito à diferença entre dolo e culpa, Puppe considera que, da mesma forma que há um perigo sabidamente doloso, há um perigo sabidamente

¹⁷⁷ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 81. Acrescenta, ainda, Puppe, que o agente que ignora um perigo intenso por ele reconhecido, recusando a extrair do perigo uma relevância para seu atuar, *“exterioriza mais indiferença e desprezo ao direito e à vítima do que aquele que pelo menos interiormente toma posição a respeito do perigo que conhece”* PUPPE, Ingeborg. **Dolo eventual e culpa consciente**, cit., p. 116.

¹⁷⁸ *“Em sentido descritivo-psicológico, a expressão ‘o autor quis o resultado’ significa que o autor o almejou, isto é, que tal resultado era a finalidade do seu agir (...). Em sentido atributivo, normativo, o enunciado ‘o autor quis o resultado’ significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade, alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou”* PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 31-32.

¹⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 95.

¹⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 82.

culposo, ou seja, em relação a cada perigo – doloso e culposo – há um conhecimento relativo ao seu grau de perigo, ou de que esse perigo poderá resultar em um resultado típico, ou de que esse perigo não irá resultar na produção de um resultado típico. Portanto, em relação à culpa, não se pode falar em desconhecimento, pois, há um conhecimento.

Ressalta Puppe que a jurisprudência alemã não tem um posicionamento uniforme, em relação à necessidade de um aspecto volitivo por parte do agente para considerar configurado o dolo. Em crimes que atentem contra o corpo ou a vida da vítima, a jurisprudência tende a exigir a presença do aspecto volitivo, seja assumindo o risco de lesão ao bem jurídico, seja levando a sério a possibilidade de lesão, seja sendo indiferente a ela. Porém, em outros delitos, por exemplo, como os patrimoniais, que não preveem a forma culposa, a jurisprudência acaba se contentando com o mero conhecimento da possibilidade de realização do tipo¹⁸¹.

Diante disso, Puppe critica a jurisprudência por acabar englobando no conceito de dolo situações que representam culpa consciente. Sugere, então, que para resolver esse problema, devam ser formulados requisitos adicionais:

“Não pode ser correto, porém, que em todos esses delitos, em especial naqueles em que a forma culposa não é punível, todo o âmbito da culpa consciente seja englobado pelo dolo. A única maneira de evitar tal consequência é formular requisitos adicionais no que toca à qualidade e à intensidade do perigo, de que deve ter consciência o autor doloso”¹⁸².

Uma das consequências do pensamento de Puppe é rechaçar a divisão tripartite do dolo em dolo direito de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual, defendendo um conceito unitário de dolo¹⁸³.

Desta forma, conclui Puppe que *“o dolo eventual é a forma básica de dolo”¹⁸⁴* e, como tal:

¹⁸¹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 97-98.

¹⁸² PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 98.

¹⁸³ *“Uma vez que a teoria do perigo doloso exige a utilização de um método genericamente idôneo para provocar o resultado, não faz sentido para ela a distinção entre propósito, dolo direto e dolo eventual. (...) As três formas de dolo não designam diversos graus do injusto subjetivo ou da culpabilidade, e sequer têm influência na aplicação da pena. (...) A tripartição conceitual do dolo deve, portanto, ser abandonada”* PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 141-142.

¹⁸⁴ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 132.

“contém todos os elementos que fundamentam o injusto doloso específico em relação à culpa. Propósito e conhecimento seguro são, assim, casos específicos de dolo eventual. Eles têm de apresentar os elementos conceituais dele constitutivos. Nem o propósito de provocar o resultado, nem o conhecimento seguro fundamentam o dolo, se o autor não tiver criado, segundo sua representação, um perigo doloso”.¹⁸⁵

E no que se refere aos elementos de ânimo que constam no tipo penal, como, por exemplo, as expressões “com o fim de”, “o acobertamento de outro delito”, não têm qualquer relevância para o injusto do fato, não fazem parte do tipo penal, devem ser considerados como elementos da culpabilidade¹⁸⁶ ou na medição da pena¹⁸⁷.

Aqui reside, portanto, uma das mais importantes consequências da teoria de Puppe: o dolo eventual é o dolo básico, caracterizado pela utilização de um método genericamente idôneo para provocar o resultado, podendo se afirmar que o dolo é o conhecimento do alto grau de perigo de lesão ao bem jurídico, ou do alto grau de probabilidade de realização do resultado, restando completamente indiferente o propósito do agente.

A teoria de Puppe é alvo de uma série de críticas, não só por defensores de teorias volitivas, mas também por aqueles que defendem uma normatização do dolo.

Quanto à distinção entre dolo e culpa, Pérez Barberá rechaça a proposta de Puppe, asseverando que, embora haja perigos sabidamente culposos, não existem perigos sabidamente dolosos, e que pode haver perigos capazes de fundamentar tanto uma reprovação dolosa quanto uma culposa, dependendo do aspecto psíquico. Conclui, portanto, que não é correto distinguir o perigo de dolo do perigo de culpa¹⁸⁸.

Outra crítica dirigida contra a teoria cognitiva do dolo é que Puppe reduz o âmbito de incidência do dolo pois, no caso do agente que, embora tenha o propósito de realizar o resultado, atue com uma pequena chance de realização do resultado, só

¹⁸⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 132.

¹⁸⁶ “É por isso que o propósito no sentido psicológico da linguagem cotidiana não poderá ser um elemento do injusto, mas unicamente da culpabilidade (...). Tal dado é relevante para interpretar aqueles tipos em que aparecem a palavra propósito ou expressões equivalentes, como o ‘para’, ‘com o fim de’. Somente quando o elemento do tipo for elemento da culpabilidade, por caracterizar a disposição interna e os motivos do autor, deve ser ele entendido em sentido psicológico, conforme a linguagem cotidiana”

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 132-133.

¹⁸⁷ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 97.

¹⁸⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 490-491.

poderia responder pela forma culposa¹⁸⁹. Como adverte Ragués i Vallès, não responderia por dolo o sujeito que, tendo a intenção de praticar um delito, atue criando um perigo tido, sabidamente, como inidôneo para um resultado típico¹⁹⁰.

Porém, a esse respeito, Puppe se defende, asseverando que essa crítica parte do pressuposto que dolo é vontade, algo que deve ser superado:

“por considerarmos o dolo como a face subjetiva do injusto, fica ainda mais claro que ele não pode ser coisa diversa do que a projeção do ilícito objetivo na representação do autor, acrescentada à consciência de que a realização desse injusto depende da própria vontade”¹⁹¹.

Por fim, é de se de se considerar que a maioria das críticas dirigidas à tese de Puppe – do mesmo modo que ocorreu com relação à teoria de Herzberg – é no sentido de que, embora tenha buscado afastar por completo o aspecto volitivo do dolo, isso não foi possível¹⁹². É o que sustenta Pérez Barberá:

“la conceptualización del dolo como conocimiento de las circunstancias que permitan afirmar, objetivamente, la existencia de un peligro de dolo, como Puppe de hecho propone, importa identificar el concepto (supuestamente normativo) de dolo con un dato empírico: el conocimiento, entendido por Puppe como dato óntico (psíquico). Y ello es, en definitiva, lo más cuestionable de la tesis de esta autora: pese a todo esfuerzo invertido en demostrar que su tesis importa un cambio de paradigma, conforme al cual se deja de lado la situación fáctico-psicológica del autor para poner en primer plano el valor expresivo de su comportamiento dentro de un proceso de comunicación entre seres racionales, etcétera, se insiste no obstante con la idea de que dolo es conocimiento, i. e., un estado mental, un fenómeno empírico”¹⁹³.

¹⁸⁹ Nesse sentido, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 492.

¹⁹⁰ Ragués i Vallès exemplifica com a situação de uma colisão entre veículos. Geralmente, o perigo é tido como culposo, porém, pode o ocorrer de o motorista ter querido causar o acidente, e que, se conhecido tal dado interno, deve ser modificada a valoração de tal comportamento. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 152.

¹⁹¹ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 96.

¹⁹² Ragués i Vallès entende que a teoria de Puppe não conseguiu se libertar por completo da dependência de dados psicológicos. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 151.

¹⁹³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 495-496.

Por outro lado, há quem reconheça que uma das mais importantes consequências da teoria de Puppe é mostrar que, ao contrário do que muitos afirmam, objetivar o dolo não implica, necessariamente, ampliar o âmbito doloso e, conseqüentemente, a punição. Nesse sentido, Ragués i Vallès explica que:

*“es posible afirmar incluso que sus teorías tienen un efecto fundamentalmente restrictivo del ámbito doloso, en la medida en que consideran que determinados comportamientos resultan objetivamente inidóneos para fundamentar una imputación a título de dolo, sin que tenga importancia alguna la vertiente psicológica del individuo en el momento de llevarlos a cabo. Con ello se disipa el temor de que la objetivación suponga necesariamente en este ámbito una ampliación punitiva”*¹⁹⁴.

Além desse aspecto positivo, Ragués i Vallès considera que os pensamentos de Puppe, Herzberg e Jakobs têm algo de fundamental: *“la cuestión del dolo sólo puede solucionarse renunciando al psicologismo y acogiendo con firmeza una opción valorativa”*¹⁹⁵.

2.2.1.2 A teoria de Günther Jakobs

Günther Jakobs também pode ser considerado como defensor da teoria da probabilidade¹⁹⁶. Jakobs parte do pressuposto da importância do elemento subjetivo para responsabilização pelo Direito Penal, como forma de proteção ao próprio indivíduo contra abusos ou excessos, e rechaça a responsabilidade pelo resultado baseada na causalidade¹⁹⁷: *“a quien ni aún con su mejor voluntad hubiera podido evitar la realización del aspecto objetivo de un delito, no se le puede reprochar su conducta”*¹⁹⁸. Sua teoria baseia-se na premissa de que *“el aspecto subjetivo del delito tiene la misión*

¹⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 151.

¹⁹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 153.

¹⁹⁶ Pérez Barberá entende que Jakobs é defensor da teoria da possibilidade, por distinguir o dolo da culpa com base no conhecimento ou desconhecimento, qualificação típica da teoria da possibilidade. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 427. Discorda-se de tal entendimento, pois, como se verá, essa é a interpretação dada por Jakobs do § 16.I do Código Penal Alemão, proém, não é o seu entendimento.

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito em Derecho Penal, cit., p. 663-652.

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas. Trad. Maria del Mar Diaz Pita. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 45, n. 1, 1992, p. 215.

*de servir a la realización del fin de la pena, entendiendo por fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, prevención general positiva*¹⁹⁹.

Com prevenção geral positiva, Jakobs quer passar uma mensagem não para os futuros delinquentes, mas para aquele cidadão fiel ao Direito. Quer dizer que, na vida social, as expectativas devem ser asseguradas normativamente e o correto é confiar na vigência da norma. Caso alguém infrinja a norma, o defeito está em quem a infringiu, que deverá ser sancionado. A importância do aspecto subjetivo reside em que, se o sujeito não tinha como evitar a realização de um fato típico objetivamente, não atuou de forma contrária à norma e, conseqüentemente, não merece ser apenado. Por outro lado, se o resultado era evitável, o sujeito responderá a título de dolo ou de culpa. O elemento principal para a caracterização do dolo ou da culpa passa a ser a evitabilidade. A partir da evitabilidade, portanto, surge o dever de evitar. Para o delito doloso, há um dever de evitar o que é conhecido, para o delito culposo, dever de evitar o que é conhecível²⁰⁰.

No que se refere ao elemento volitivo, Jakobs considera inadequada a identificação do dolo com conhecimento e vontade, pois, ainda que haja conhecimento e vontade para a consequência principal querida, pode não haver a vontade para as consequências secundárias²⁰¹, e, com base na finalidade de proteção à norma, conclui que *“las alteraciones volitivas no eximen de responsabilidad, puesto que el Derecho no puede fundamentar la necesidad de que se quiera su observancia”*²⁰². A vontade, portanto, não é elemento do dolo. Jakobs considera o dolo, apenas, como conhecimento: *“Dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida (!) de la acción, aun cuando no sea querida por sí misma. Dicho brevemente: Dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”*²⁰³.

Jakobs, diferentemente de Puppe, mantém a distinção entre dolo direto de primeiro grau, de segundo grau e dolo eventual. Porém, tal distinção não tem efeito no grau de culpabilidade. O dolo direto de primeiro grau, ou intenção, é a relação subjetiva do autor com as consequências principais, ou seja, o autor atua em função das

¹⁹⁹ JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, cit., p. 213.

²⁰⁰ JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, cit., p. 214-215.

²⁰¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 315.

²⁰² JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, cit., p. 234.

²⁰³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 316.

consequências principais²⁰⁴. O dolo direto de segundo grau se verifica se as consequências secundárias estão seguramente ligadas à realização daquilo que o sujeito persegue, ou seja, ele não quer a realização típica de tais consequências secundárias, mas sabe que evitá-las é incompatível com o fim que ele quer²⁰⁵. No dolo eventual, o autor dá conta de que uma consequência secundária somente se realizará eventualmente²⁰⁶. No que se refere a todas as modalidades de dolo, o que se exige como conhecimento é que o autor tenha conhecimento de que não é improvável que ocorra o resultado querido. Portanto, não sendo improvável, não faz diferença o grau de probabilidade assumido pelo autor.²⁰⁷ Esse conhecimento, destaca Jakobs, não se trata de um mero pensar na possibilidade do resultado, fruto de uma especulação imaginativa, deve haver um conhecimento por parte do autor segundo uma experiência válida²⁰⁸.

Especificamente em relação ao dolo eventual, para determinar qual o limite inferior que se pode reconhecer de probabilidade, Jakobs parte da relevância do risco reconhecido para o sujeito tomar a decisão, e tal relevância depende da importância do bem e da intensidade do risco:

“En relación con el dolo eventual ha de determinarse aún el límite inferior de la probabilidad que debe existir según el juicio concienzudo. Este límite inferior se determina mediante la relevancia del riesgo percibido para la decisión; el riesgo debe ser tan importante como para que conduzca, dado un motivo dominante – ¡supuesto! – de evitar la realización del tipo, a la evitación real y no quede, como quantité négligeable, sin influencia. La relevancia para la decisión depende de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo”²⁰⁹.

Além disso, tanto a importância do bem quanto a intensidade do risco devem ser avaliadas objetivamente, não subjetivamente:

“La importancia del bien se evalúa objetivamente: decide la estimación jurídica, no la estimación subjetiva del autor. Así, pues, si un riesgo percibido no es para el autor relevante para la decisión,

²⁰⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 321.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 324.

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 325.

²⁰⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 323.

²⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 327.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 333.

porque por indiferencia valora escasísimamente el bien o lo subestima por ignorancia jurídica (error de prohibición), ello no impide el dolo si de una valoración jurídica se derivaría una medida relevante para la decisión. También la determinación de la magnitud del riesgo suficiente con vistas a la relevancia para la decisión se efectúa en todo caso y en principio con arreglo al juicio jurídico y no al individual. El riesgo ya no permitido tiene que ser relevante para la decisión, aun cuando el autor lo siga considerando incidental²¹⁰.

No que se refere à distinção entre dolo e culpa, Jakobs defende que o § 16.I do StGB²¹¹ não deixa margem a outra interpretação que não seja de que, se existe conhecimento, há dolo, se não existe, há culpa. Porém, não concorda que essa seja a melhor forma de distinção entre dolo e culpa, pois não se está considerando a razão do desconhecimento. A seu ver, não se deve distinguir o dolo da culpa considerando o conhecimento e o desconhecimento, pois, há desconhecimentos que são frutos de um desinteresse do sujeito, e não se pode privilegiar quem atua com desinteresse. Ou seja, o fato de o agente não conhecer não implica afirmar que ele deva ser responsabilizado a título de culpa²¹². É o caso, por exemplo, de cegueira deliberada, em que não há conhecimento por disposição do próprio sujeito. Para Jakobs, tal situação deveria receber o mesmo tratamento do dolo²¹³.

Portanto, propõe uma distinção *lege ferenda*, em que não se leve em consideração o desconhecimento. Distingue culpa dirigida e culpa não dirigida, em que

²¹⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 333-334.

²¹¹ O § 16.I do StGB dispõe o seguinte: "(1) *Whoever upon commission of the act is unaware of a circumstance which is a statutory element of the offense does not act intentionally. Punishability for negligent commission remains unaffected*" (Disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#16>. Acesso 02.01.2017). Esse dispositivo tem servido para considerar que o conhecimento é essencial para o dolo, conseqüentemente, não havendo conhecimento, poderá haver culpa ou nenhum delito, caso não haja tipificação da conduta culposa.

²¹² Assim explica Jakobs: "*Es evidente que la regulación del desconocimiento de realización del tipo (§ 16.I StGB) atiende sólo a una de las dos posibles situaciones relativas a la decisión y, en particular, a aquella en la que todo lo que ha de ser objetivamente relevante para la decisión del autor es también subjetivamente: el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una poena naturalis, pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión si no conoce las circunstancias de la misma. (...) Sin embargo, el cuadro se modifica inmediatamente si el autor no conoce la realización de tipo sencillamente porque no está interesado en ello; esto es, porque el hecho de que sea objeto de su examen o no le sea en ningún modo es relevante para la decisión*" JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto. Trad. Carlos Pérez del Valle. In **Dogmática y ley penal**. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 348.

²¹³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 313-314; JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 77-78.

a culpa dirigida é a do sujeito que atua com desinteresse, que não deve ser tratada com menor gravidade. É o exemplo de dois terroristas que estão dirigindo um carro e veem uma barreira policial à frente, fechando toda a rua, e querem romper essa barreira. Um terrorista tem o conhecimento que atravessar com o carro pode acarretar na morte de um policial, o outro terrorista não tem esse conhecimento, pois, para ele, a vida do policial não é digna de consideração. Na concepção de Jakobs, não há motivos para dar tratamento diferente aos dois terroristas²¹⁴. Apenas a culpa não dirigida merece menor reprovação, pois afeta a validade da norma menos que os fatos dolosos, uma vez que o sujeito não agiu contra a norma, ele foi incompetente para agir a favor dela, houve um erro, um defeito para conhecer a realidade²¹⁵.

Em suma, para Jakobs, a diferença entre dolo e a culpa pode ser assim resumida:

“La línea divisoria que resulta determinante en la medida de la culpabilidad no discurre entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la ausencia de relevancia para la decisión, desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo conocida o cognoscible; y la relevancia para la decisión, también desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo cognoscible. En resumen: se trata por eso de ausencia de relevancia para la decisión de una realización del tipo que al menos sea cognoscible versus error”²¹⁶.

Duas são as críticas mais formuladas à teoria de Jakobs. A primeira delas é no sentido de que se amplia demasiadamente o conceito de dolo, ao incluir consequências não representadas. De acordo com Schünemann, o conceito de dolo proposto por Jakobs, em que se inclui as situações de indiferença, é equivocado, pois, a periculosidade que esse autor representa à ordem de bens jurídicos é reduzida, porque casual.²¹⁷ E a segunda de que essa indiferença é, ainda, um estado mental, portanto, que não teria conseguido se desvencilhar por completo de aspectos psicológicos²¹⁸.

²¹⁴ JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, cit., p. 225-226.

²¹⁵ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 312-313; JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas, cit., p. 227.

²¹⁶ JAKOBS, Günther. Indiferencia como dolo indirecto, cit., p. 354.

²¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 137.

²¹⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 445.

2.2.2 Teorias da possibilidade

Hort Schröder foi um dos representantes da teoria da possibilidade no período pós-guerra, em 1949. Retoma os antigos conceitos defendidos pela tradicional teoria da possibilidade, asseverando que não existe uma diferença entre atuar com a certeza da realização do resultado e atuar consciente da possibilidade da realização do resultado, de forma que, se o sujeito está consciente de tal possibilidade, está caracterizado o dolo. Portanto, se o sujeito representou a possibilidade de realizar o fato típico, haverá dolo²¹⁹. Inclusive, considera Schröder que a dúvida pertence ao dolo, de forma que o limite entre o dolo eventual e a culpa é o momento em que a dúvida termina e o desconhecimento começa²²⁰.

A partir dessa premissa, Schröder conclui que a diferença entre dolo e culpa não pode ser quantitativa, nem em razão do merecimento de pena. Entende que toda culpa é inconsciente, de forma que resta muito clara, de forma objetiva, a separação entre dolo e culpa: havendo consciência da possibilidade de produção do resultado, há dolo, não havendo consciência, há culpa²²¹.

Entendimento semelhante é o de Schmidhäuser²²², que ressalta o caráter supérfluo de qualquer elemento volitivo no dolo²²³, para quem a diferença entre o dolo e a culpa reside no conhecimento, de forma que dolo é conhecimento e culpa é desconhecimento²²⁴, e que, portanto, não há culpa consciente, toda culpa é inconsciente²²⁵.

Schmidhäuser se preocupa em identificar o que é que o sujeito deve conhecer para caracterizar o dolo e desconhece para configurar a culpa, e chega à conclusão de que é a periculosidade concreta de sua ação. Isto significa que basta que o autor tenha conhecimento da periculosidade concreta da sua ação. Por outro lado, na culpa, pode

²¹⁹ Esclarecendo a teoria de Schröder: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 73; STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 93; ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 433.

²²⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 74;

²²¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 74; STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 93; ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 433; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 379.

²²² STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**, cit., p. 93.

²²³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 90.

²²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 433; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 380.

²²⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 380/381.

haver duas diferentes situações: a primeira, em que o autor desconhece a periculosidade concreta de sua ação; a segunda, se o autor conhece sua periculosidade abstrata. Assim, na situação em que o sujeito, em que pese ter representado a possibilidade, possui convicção de que tudo se resolverá bem e o resultado não se produzirá, haveria culpa, pois não teria tido uma representação concreta, mas sim abstrata²²⁶.

Um dos pontos de maior objeção às teorias de Schröder e de Schmidhäuser, como também já visto em relação às antigas teorias da possibilidade, é que há uma ampliação exagerada do conceito de dolo, no qual se incluíam os casos majoritariamente entendidos como sendo de culpa consciente²²⁷. Porém, Pères Barberá destaca que o fato de um dos efeitos práticos ser a ampliação do dolo não deve ser impeditivo para se defender uma determinada teoria, na medida em que o relevante de uma teoria é ela ter maior poder explicativo ou rendimento que as demais, ou seja, o importante é verificar se essas teorias explicam melhor o dolo eventual, independentemente do que isso causará na prática²²⁸.

Diethart Zielinski é outro defensor da teoria da possibilidade, mas no aspecto mais forte da teoria, ao considerar que sempre que houver consciência da possibilidade de produção do resultado, haverá dolo. Defende, também, que quem atua, conscientemente, de modo imprudente, atua com dolo, e não com culpa. A culpa existe, apenas, se não há consciência da possibilidade de produção do resultado²²⁹.

2.2.3 Outras teorias cognitivas

Wolfgang Frisch parte um pressuposto diferente da grande maioria das teorias expostas, pois defende, expressamente²³⁰, que o resultado não deve ser imputado ao

²²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 434. De acordo com Roxin, semelhante interpretação é feita por Schröder, que entende que, embora representando a possibilidade, se o agente possui convicção de que o resultado não se produzirá, não houve uma “verdadeira” representação da causação do resultado, portanto, não se pode falar em dolo, somente em culpa. *Idem, ibidem*, p. 434.

²²⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 74.

²²⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 388.

²²⁹ ZIELINSKI, Diethart. **Dolo e imprudencia**. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

²³⁰ Diz-se expressamente, pois, de acordo com Pérez Barberá, os demais doutrinadores também entendem que não se imputado o resultado subjetivamente, mas nenhum trabalha isso de forma tão explícita como Frisch: “*en verdad nunca nadie ha entendido al resultado (como objeto del dolo) de un modo diferente al de Frisch. Siempre ha estado claro, en efecto, que el autor debe anticipar mentalmente el resultado como suceso futuro. Se trata, en fin, de una constatación trivial, que se tiene por sobreentendida. De todos*

agente no delito doloso, o que deve ser imputada é a conduta, em relação à qual o autor sabia da possibilidade de produção do resultado:

“el resultado no es subjetivamente imputable al autor en el marco del delito doloso de resultado si éste ni siquiera ha captado la posibilidad de producción del resultado como consecuencia de su acción, no habiendo partido por tanto de esa posibilidad. Igualmente puede decirse que falta la imputabilidad subjetiva del resultado, en el sentido de los delitos imprudente de resultado, si no era cognoscible para el autor la producción del resultado típico como consecuencia posible de su conducta”²³¹.

Portanto, para Frisch, como o conhecimento que se exige para o dolo não é em relação ao resultado típico, mas sim quanto à conduta típica, os objetos do dolo não são os elementos do tipo objetivo, mas o comportamento que implica um risco. O objeto do dolo seria, portanto, um comportamento caracterizado por constituir uma determinada classe de risco²³².

Frisch estabelece que, para uma conduta ser tipicamente relevante, ela deve constituir um risco ou perigo concreto de produção do resultado, analisado de um ponto de vista *ex ante*²³³. A mera periculosidade abstrata de uma conduta não é suficiente. Quanto à análise objetiva desse conhecimento, se deve ser concreto para o agente ou concreto genericamente, Frisch divide as condutas em dois grupos. Para aquelas condutas de sujeitos que desempenham um papel especial, sobre quem se tem determinadas expectativas, deve ser feito um juízo objetivo, conforme o standard cognitivo que devem ter todas as pessoas que exercem esse papel. Já para as condutas que são desempenhadas por qualquer pessoa, elas devem ser analisadas sob a ótica do sujeito que vive em sociedade, ou seja, um *standard* cognitivo válido para todos²³⁴.

modos, cabe reconocer que la obra de Frisch ha contribuido más que las anteriores a depurar la terminología en este punto” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 445.

²³¹ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Orig. 1988. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 603. De acordo com Pérez Barberá, analisando a teoria de Frisch: *“el resultado típico, es decir, la ya ocurrida realización del tipo, no puede ser objeto de dolo, pues éste no puede referirse a un momento temporal posterior al de la acción”* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 531.

²³² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 525.

²³³ Também defendendo que o prognóstico do risco deve ser realizado *ex ante*, embora exija a presença do elemento volitivo para o dolo: MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo em el injusto. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 41, n. 3, 1988, p. 682.

²³⁴ Explicando a teoria de Frisch: PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 537.

Frisch, assim como Puppe, também considera que o dolo básico é o dolo eventual e, portanto, o maior problema relacionado aos limites do dolo não reside na distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente, nem tem a ver com a intenção ou o querer. A problemática se encontra em estabelecer os limites entre o dolo e a culpa²³⁵.

Frisch rechaça a presença de um elemento volitivo no dolo, considerando que basta a presença do conhecimento do perigo concreto. Contudo, para Frisch, se o agente percebe o risco concreto não tolerado pela norma, mas confia em sua não produção, então ele não conhece o risco concreto. Esse aspecto, porém, é criticado por Roxin, pois, ao assumir que quem atua com uma representação do perigo, confiando que o resultado não ocorrerá, está levando em consideração uma atitude interna, como as doutrinas volitivas sustentam²³⁶. Também para Puppe, a teoria de Frisch, bem como a de Schmidhäuser, podem ser consideradas teorias volitivas, pois consideram que, para o dolo, além da representação, deve haver um elemento de atitude interna. Aduz que, segundo Frisch, para reconhecer o dolo, não basta que o sujeito tenha reconhecido o perigo, mas que haja o considerado como tal e, caso o sujeito tenha uma certeza subjetiva de que o resultado não ocorrerá, estará excluído o dolo²³⁷. Para Schmidhäuser, o sujeito só atua com dolo quando “suporta” o perigo, e estará configurada a culpa se o agente, representando o risco inicialmente, o exclui mentalmente no momento de realizar a conduta²³⁸. Portanto, segundo Puppe, seria evidente que ambos consideram relevante um aspecto de atitude interna, e se incluem entre as teorias volitivas²³⁹.

Seguindo os postulados de Frisch, se destaca, na doutrina espanhola, Bernardo Feijóo Sanchez, que defende uma normatização do dolo²⁴⁰, destacando o caráter

²³⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 563.

²³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 440; PÉREZ BARBERÁ. **El dolo eventual**, cit., p. 557. Roxin também critica a teoria de Frisch, no ponto em que pretende incluir como elemento do dolo apenas o risco relevante para a norma, prescindindo do conhecimento das circunstâncias do fato, pois entende que este conhecimento deve ser incluído também na concepção do risco. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 441.

²³⁷ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. Trad. Ramón Ragués i Vallès. In **El Derecho penal como ciencia**. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Buenos Aires: Euros, 2014, p. 292.

²³⁸ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 292.

²³⁹ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 293.

²⁴⁰ “*El partir de una perspectiva normativa permite superar una visión demasiado psicologicista del dolo. La persona que de acuerdo con los datos fácticos que se encuentran a su alcance enjuicia o procesa de forma correcta (coincidente con la realidad) el riesgo o la situación de riesgo debe tomar en serio la producción del resultado, por lo que la mera confianza en la ausencia del resultado no le exonera ni total ni parcialmente de responsabilidad. De acuerdo con la concepción normativa defendida aquí, lo decisivo*

imprescindível do conhecimento do risco de sua conduta, de um lado, e a superfluidade do elementos psicológico, de outro. Segundo sua concepção, o desvalor está na decisão de realizar algo ou de omitir uma conduta, apesar do que se conhece²⁴¹. O dolo é uma decisão consciente de realizar um fato típico²⁴². Sustenta Feijóo Sanchez que, na prática, essa decisão não tem que ser demonstrada no processo, apenas o que há que ser demonstrado é que o autor conhecia o risco²⁴³.

Esta concepção normativista de Feijóo Sanchez, de restringir o dolo ao conhecimento do risco da conduta, é criticada na doutrina, justamente por relacionar o conhecimento ao risco. De acordo com Díaz Pita, a adoção do risco como objeto do conhecimento não o transforma de elemento psicológico em elemento normativo²⁴⁴.

2.3 Teorias acumulativas

As teorias acumulativas ou integradoras vão além das tradicionais teorias que defendem que dolo eventual é conhecimento, ou conhecimento e vontade. Elas agregam outros elementos ao conceito de dolo eventual. Na sequência serão expostas as teorias acumulativas de Friedrich-Christian Schroeder, de Cornelius Prittwitz, Lothar Philipps e Bernd Schünemann.

Schroeder entende que há dolo eventual quando o sujeito considera possível e aprova a realização do tipo, ou a considera provável, ou ainda, a afronta com indiferença²⁴⁵. Prittwitz e Philipps vão ainda além e defendem que os critérios propostos

es que una persona conozca un hecho que, por ser típico, debe ser evitado” FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 33-34.

²⁴¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**, cit., p. 57.

²⁴² “*El injusto doloso se caracterizaría porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico. En el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación jurídico-penalmente relevante*” FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**, cit., p. 23.

²⁴³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**, cit., p. 61.

²⁴⁴ “*Afirmar que el dolo consiste en el conocimiento del riesgo no supone la normativización de este concepto, sino, por el contrario, la utilización de parámetros psicológicos, reducidos en su objeto, cuyas dificultades probatorias no es necesario resaltar. La adopción del riesgo como objeto del conocimiento no transforma la naturaleza de este elemento de psicológica a normativa; sólo reduce su extensión*” DÍAZ PITA, María del Mar. La presunta inexistencia del elemento volitivo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**. n. 17, 2006, p. 66. No mesmo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo. *In Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 349-351.

²⁴⁵ Conforme posicionamento citado por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., t. I, p. 439; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 565.

por todas as teorias sobre o dolo eventual são úteis, e que todos esses critérios devem ser considerados como indícios para provar o dolo²⁴⁶.

Prittwitz defende que a probabilidade e a aprovação da realização do risco são indícios a favor do dolo, e a evitação da produção do resultado um indício contra o dolo.²⁴⁷ Para ele, uma atitude interna a respeito da realização do tipo penal é importante para determinar o dolo eventual. Porém, Prittwitz sustenta que a solução para o problema do dolo não é em sua conceituação, mas sim no aspecto processual²⁴⁸ e, conseqüentemente, as dificuldades probatórias relativas aos elementos subjetivo devem ser integradas a um a correta definição do dolo²⁴⁹.

Por sua vez, Phillips adota a definição de dolo da teoria da aprovação ou consentimento, ou seja, saber e querer a realização do tipo. Porém, propõe um método diferente para provar o dolo, no qual se concentram os indicadores oriundos das diversas teorias sobre o dolo eventual, tanto no que se refere aos elementos cognitivos, quanto para os elementos volitivos, como a consciência do perigo e a periculosidade da ação e, por outro lado, trabalha com contraíndicadores, ou seja, indicadores da inexistência do dolo, como a dificuldade em se reconhecer o perigo. De acordo com Phillips, cabe ao juiz, na análise de cada caso concreto, verificar se as circunstâncias são subsumíveis ou não nesses indicadores, e em qual grau é possível essa subsunção, permitindo chegar a uma conclusão pela tendência ou não em se afirmar o dolo eventual naquele caso²⁵⁰.

Segundo Puppe, Phillips foi o “*único que realmente se ha esforzado por desarrollar un concepto de dolo ‘multicriterio’ basado en los indicadores*”²⁵¹, embora não tenha recorrido aos indicadores como substitutos do conceito de dolo. E Puppe, embora reconheça a importância da teoria desenvolvida por Phillips, a qual pode servir para facilitar a decisão sobre a questão teórica do dolo, defende que ela não é suficiente para substituir o dolo²⁵².

Entre os defensores de teorias acumuladoras, também pode ser mencionada a teoria de Schünemann, que constata a evolução dos diversos conceitos de dolo, que

²⁴⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 565.

²⁴⁷ Conforme posicionamento citado por ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., t. I., p. 439.

²⁴⁸ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 291.

²⁴⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 567.

²⁵⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 571-572.

²⁵¹ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 298.

²⁵² PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 300.

partiram da tradicional definição de dolo como conhecimento e vontade, em que se verificava a importância do substrato psíquico, caminhando para uma realidade em que o substrato cognitivo tem ganhado cada vez mais relevo, deixando de lado o aspecto psíquico. Destaca o caráter positivo do desenvolvimento dessas teorias para fortalecer o conceito de dolo. Defende, porém, que uma correta reconstrução do dolo deve contar com substratos tanto normativistas quanto ontológicos, o que ele denomina de conceito tipológico de dolo²⁵³. Para essa concepção de Schünemann, o dolo é composto por diversos elementos, que podem estar presentes em maior ou menor grau de intensidade, de forma que “a manifestação menos intensa de um elemento seja como que compensada pela manifestação mais intensiva de outro”²⁵⁴.

Sobre o conceito tipológico de dolo, Schünemann explica que:

“quando o elemento da capacidade de controle ou a característica da atitude contrária aos bens jurídicos se manifesta de forma mais forte, basta para a realização do conceito de dolo uma manifestação mais fraca do outro elemento. Assim, o conceito de dolo compreende tanto o caso de um propósito, ainda que exista uma probabilidade bastante reduzida de produção do resultado, como uma ação com dolo de consequências necessárias relativa a um resultado extremamente indesejado. Isso significa que, no caso de conhecimento da mera possibilidade de lesão, são necessários outros momentos de desvalor para que se tenha uma manifestação suficientemente forte das características da atitude”²⁵⁵.

Por fim, acrescenta que, além da atitude do autor diante da lesão ao bem jurídico e do conhecimento da intensidade do risco de lesão, são relevantes para o conceito tipológico de dolo o valor ou desvalor do objetivo final da conduta, a disposição do autor de submeter a própria pessoa a um risco, a extensão do domínio do fato sobre a vítima, a adaptação da sociedade ao risco e a forma de proteção do bem jurídico²⁵⁶.

²⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 127-128.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 136.

²⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 137-138.

²⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 138.

2.4 Teorias voltadas à prova do dolo

Para alguns autores, o conceito de dolo não poderia ser desenvolvido sem uma análise quanto a sua aplicação prática, ou seja, o aspecto processual da prova do dolo passa a ser tão importante quanto o próprio conceito do dolo, muitas vezes até havendo confusão entre eles. Entre tais teorias, serão analisados os posicionamentos, na doutrina alemã, de Winfried Hassemer, Joachim Hruschka e Klaus Volk, e na Espanha, a tese de Ramón Ragués i Vallès.

Hassemer parte de uma concepção normativa da distinção entre dolo e culpa, e tem como base a razão de se castigar mais severamente os delitos dolosos²⁵⁷. Considera que o dolo reside na vontade e na representação, que são fenômenos internos do agente²⁵⁸ e, portanto, os elementos volitivos são essenciais para a caracterização do dolo²⁵⁹. Porém, sendo o dolo uma situação interna, não é possível observá-lo imediatamente, mas sim a partir de indicadores. Esses indicadores, segundo Hassemer, devem cumprir três condições: observabilidade, plenitude e relevância dispositiva²⁶⁰. E então conclui que não é possível separar os indicadores do conceito de dolo, pois pertencem a ele:

“No es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo como problema exclusivamente procesal. Estos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto (...). A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso concreto. Del dolo se predica lo mismo: el que la acción realizada con conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique la decisión contra el bien jurídico pertenecen al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso”²⁶¹.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 915.

²⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 917.

²⁵⁹ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 918.

²⁶⁰ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 925.

²⁶¹ HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 925-926.

Esses indicadores, de acordo com Hassemer, podem ser encontrados em três níveis, os quais derivam um do outro, quais sejam: a situação perigosa, a representação do perigo e a decisão a favor da ação perigosa. E conclui que, através desses indicadores, se verificará a presença do dolo, que é uma decisão a favor do injusto²⁶².

Sua teoria não ficou isenta de críticas. Schünemann discorda de Hassemer no ponto em que este considera que os indicadores pertencem ao conteúdo do conceito, pois, “*o conteúdo psíquico do dolo não é algo como uma disposição latente, que só em determinadas situações se torna perceptível através da observação (...) e sim de um real conteúdo psíquico*”²⁶³.

Hruschka é outro autor que formula sua tese com base no problema da prova do dolo. Destaca o erro dos processualistas em identificar o dolo com um conjunto de fatos, internos e externos, que são perceptíveis e constatados pelas ciências naturais, ao considerar que o elemento volitivo do dolo ostenta a mesma categoria do elemento cognitivo. Entre o elementos volitivo e cognitivo, há uma relação de independência, no sentido de que, se um sujeito pratica uma conduta conhecendo o caráter da ação e suas consequências, conclui-se ter ele querido praticar tal fato. Isso, segundo Hruschka, se deve ao fato de que, em uma situação concreta, em que o agente tinha conhecimento das circunstâncias que envolviam o fato, se o agente sustentar que não quis praticar o fato, o juiz reputará irrelevante tal alegação²⁶⁴. E então Hruschka assevera ser relevante para a prova do dolo essa relação de implicação, mas considera que tal formulação não deve ficar a cargo dos processualistas, sim dos penalistas²⁶⁵. Portanto, Hruschka procura formular o conceito de dolo agregando as formas de prova-lo.

Hruschka não nega a presença de um elemento volitivo no dolo, porém, não acredita ser ele da mesma intensidade do elemento cognitivo. Considera que, mesmo que a prova do dolo se concentrasse na prova do conhecimento, as dificuldades não terminariam²⁶⁶. Hruschka propõe que, para se constatar o dolo, sejam consideradas as

²⁶² HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo, cit., 931.

²⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 140. No mesmo sentido, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 599.

²⁶⁴ HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. **Imputación y Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2009, p. 182-183. Em suas palavras: “*cuando el juez está convencido de que el acusado ha cometido el hecho y de que al cometerlo era consciente de tal hecho y de sus circunstancias relevantes, queda también plenamente demostrado que quiso cometer el hecho en cuestión*” *Idem, ibidem*, p. 184.

²⁶⁵ HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo, cit., p. 185.

²⁶⁶ HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo, cit., p. 185.

circunstâncias externas do caso, a partir das quais se deduz que o agente agiu com dolo. Essa forma de provar é denominada de *ex re* e remonta ao século XIX, atribuída a von Weber, que já naquele tempo considerava que a prova do *dolus ex re* deriva “*de conclusiones que se obtienen a partir de la génesis externa y de la forma del delito*”²⁶⁷.

Hruschka considera que o dolo não é um fato a ser provado²⁶⁸, mas sim a ser atribuído a partir das circunstâncias externas do caso, similar ao juízo de ilicitude: “*Como todo lo espiritual, el dolo no se constata y se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien está actuando dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino adscriptivo*”²⁶⁹.

Essa construção de Hruschka é criticada por Schünemann, para quem “*o dolo se trata primeiramente de um processo psíquico real que, evidentemente, tem de ser em seguida valorado. Sem uma realidade a se valorar, não pode haver valoração*”²⁷⁰.

Pérez Barberá está de acordo com Hruschka quando este considera que o dolo não é um fato, portanto, não é algo a se constatar. Porém, discorda de Hruschka, pois considera que não é correta sua tese no sentido de que o conhecimento não é um fato e que, portanto, não deve ser constatado, apenas imputado²⁷¹.

Na mesma linha de Hassemer e Hruschka, Volk entende que só se pode abordar adequadamente o tema do dolo se não se concentrar apenas no aspecto conceitual, devendo ser considerada, também, a sua aplicação prática²⁷². E para trabalhar com a aplicação da teoria sobre o dolo, levando em consideração os aspectos conceituais e processuais, defende que não há outro modo, a não ser por meio da prova por indícios:

“In effetti, è possibile trattare molte delle teorie prospettate a proposito del dolo eventuale anche da un punto di vista processuale. In tal caso, esse non sono altro che teorie degli indizi. Esse descrivono alcune delle circostanze da cui possiamo dedurre il dolo.

²⁶⁷ HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo, cit., p. 185. Destaca que essas deduções *ex re* de um fato não podem ser confundidas com uma presunção do dolo, pois, na presunção do dolo, sempre que se prova a ocorrência de um tipo objetivo, já se considera provado o dolo, o que não se pode admitir. *Idem, ibidem*, p. 190-191.

²⁶⁸ Assim afirma Hruschka: “*Logarlo nos resultará más sencillo si pensamos en que los hechos [Taten] dolosos no ‘existen’ en tanto que hechos dolosos en el mismo sentido de la expresión ‘existir’ aplicable a los hechos [Tatsachen] ‘externos’. Tales hechos ‘existen’ en tan escasa medida como ‘existe’ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad*” HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo, cit., p. 195.

²⁶⁹ HRUSCHKA, Joachim. Sobre la difícil prueba del dolo, cit., p. 195-196.

²⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo, cit., p. 140.

²⁷¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 591-592.

²⁷² VOLK, Klaus. *Introduzione al diritto penale tedesco*. Parte generale. Padova: Cedam, 1993, p. 66.

(...) *Qualora il rischio della realizzazione di una fattispecie incriminatrice sia molto elevato e l'autore lasci semplicemente al caso la realizzazione può valere tanto come definizione del dolo eventuale, quanto come modo di dedurre la prova tramite indizi*²⁷³.

No que se refere à prova por indícios, Péres Barberá expõe que Volk, em um trabalho denominado *Dolus ex re*²⁷⁴, retoma o *dollus ex re* como sendo relevante para a prova por indícios. Primeiramente, identifica que aquela doutrina havia sido deixada em segundo plano anteriormente, porque se concentrava apenas na prova do dolo, não cumprindo um papel de sua conceituação. Explica que o *dolus ex re* foi elaborado como uma exceção à regra probatória, que, à época, apenas admitia a prova do dolo pela confissão do acusado. Então, por meio do *dolus ex re*, eram consideradas características externas ao fato, por meio das quais se podia afirmar ter sido praticado por meio de uma conduta dolosa. E diante dessa análise, conclui Volk que esta forma de raciocinar própria da *dolus ex re*, por meio da qual o dolo como fato interno só pode ser provado por indícios externos, segue completamente vigente até os dias atuais pelos tribunais, agora denominada de prova por indícios²⁷⁵.

Para Volk, portanto, a importância da prova por indícios não se limita ao âmbito da prova do dolo, mas, a partir dela, se pode construir um conceito de dolo, que será integrado ao aspecto processual.

Um quarto autor que desenvolveu profundo estudo sob a ótica da prova do dolo foi Ragués i Vallès. Porém, sua preocupação não se limitou à prova dolo, procurando, também, definir seu conceito. Em sua obra “El dolo y su prueba en el proceso penal”, analisa as diversas correntes doutrinárias sobre o dolo e identifica nelas aspectos comuns, apesar de discrepâncias terminológicas. Afirma que o dolo se fundamenta por meios de determinados fenômenos ligados a uma vertente interna dos indivíduos; considera que também se exige, no agir doloso, que haja uma previsão por parte do sujeito de que, com sua conduta, poderá realizar um tipo penal (algumas diferentes

²⁷³ VOLK, Klaus. **Introduzione al diritto penale tedesco**, cit., p. 66-67.

²⁷⁴ Publicado em Festschrift für Arthur Kaufmann, Müller, Heidelberg, 1993.

²⁷⁵ Neste ponto, a posição de Volk é citada conforme exposto na obra de PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 600-601. Em sentido contrário, Klaus Tiedemann distingue o *dolus ex re* da prova por indícios, defendendo que “establecer la deducción del dolo de las circunstancias del hecho, no se refiere al histórico *dolus ex re*, sino a la admisión de la libre valoración de la prueba también respecto del aspecto interno del hecho” TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Trad. Coord. Manuel A. Abanto Vásquez. Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 72.

terminologias utilizadas seriam “contar com”, “levar a “serio”, “representação da possibilidade”, “conhecimento do risco”), tal exigência poderia ser sumariamente considerada como “*exigir que el sujeto se haya representado un cierto grado de riesgo de realización del tipo*”²⁷⁶; por fim, Ragués i Vallès entende que, para o dolo, não é suficiente a representação de que a conduta é perigosa em abstrato, exigindo-se que o conhecimento de tal periculosidade refira-se ao comportamento em concreto²⁷⁷.

Destaca Ragués i Vallès que, ao lado desses aspectos comuns, parte da doutrina defende, ainda, que para o dolo, deve haver também um elemento emocional-volitivo, que pode ser identificado pelos mais diversos termos, como “aceite”, “se resigne”, “conforme” com a realização. Mas que tais elementos são caracterizados de maneira tão vazia, que sua formulação em nada contribui para o conceito do dolo, vez que: “*Si de la estructura ‘actuar pese a conocer el riesgo’ se deduce siempre una aceptación, ésta no añade nada que no aporten por sí solos los anteriores elementos y, por tanto, su exigencia resulta superflua*”.²⁷⁸ Conclui, assim, que, do autêntico “querer” da definição de dolo, já não resta nada quando se fala em conformar-se ou resignar-se, e sugere que alguns doutrinadores continuam exigindo esses elementos pela dificuldade em prescindir por completo de um aspecto volitivo no dolo²⁷⁹.

Como se verifica, Ragués i Vallès defende que o elemento volitivo é irrelevante para o dolo, o qual deverá ser limitado ao aspecto cognitivo, qual seja, o conhecimento. Sendo irrelevante qualquer aspecto volitivo, reputa inócua a tripartição do dolo, defendendo, assim como Puppe, uma ideia global e unitária de dolo²⁸⁰.

A partir dessa conclusão de que o dolo exige que o sujeito conte com certos conhecimentos no momento em que realiza a conduta objetivamente típica, Ragués i Vallès defende que, para uma correta e completa resolução de um caso, tal definição

²⁷⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 122. Esclarece Ragués i Vallès que é possível se chegar a essa conclusão, ainda que não seja possível apontar as quotas exatas do perigo, tendo em vista que as teorias não chegam a quantificar de forma minuciosa o grau do risco que o sujeito deve representar. *Idem, ibidem*, p. 122.

²⁷⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 122.

²⁷⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 123.

²⁷⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 123.

²⁸⁰ Assim afirma Ragués i Vallès: “*En última instancia, debe negarse el sentido de la clasificación tripartita porque del hecho de que concurra una u otra modalidad de dolo no se deriva efecto alguno, ni desde el prisma de la tipicidad ni de la pena. Así, tal opción clasificatoria acaba por convertirse en un bello ejercicio de elaboración de conceptos a partir de la observación de determinadas realidades pretendidamente psíquicas, pero nada más*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 123-124.

não é suficiente, dependendo, também, de se determinar o que, exatamente, o sujeito conhecia ou representou no momento da realização do fato típico²⁸¹. Esclarece que o conhecimento que se busca identificar, para alguns, tem natureza psicológica²⁸² e para outros natureza normativa²⁸³. Considera que ambas as naturezas possuem falhas. Em relação à natureza psicológica, os problemas são de aplicabilidade, pois, não logram demonstrar, de modo convincente, quais são os meios que fazer possível a averiguação da realidade psíquica pretérita e alheia. Quanto à natureza normativa, acaba-se por renunciar a uma autêntica subjetividade do autor, bem como também não se demonstra, de forma plausível, os critérios que devem ser empregados para atribuir o conhecimento²⁸⁴.

Ragués i Vallès segue a concepção normativa e procura superar suas principais dificuldades. Parte do princípio que o critério de determinação do conceito exigido pelo dolo é o sentido social²⁸⁵. Reconhece, contudo, a vagueza desse critério, pelo que ele deve ser concretizado em regras mais claras, para que haja uma solução uniforme para se afirmar com segurança se determinado foi praticado de modo consciente ou não²⁸⁶. Passa, então, a estabelecer uma série de regras sociais de imputação ou atribuição de conhecimentos, que possam concretizar tal critério, a fim de se resolver a determinação dos conhecimentos em que se baseia uma condenação, bem como para evitar

²⁸¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 189.

²⁸² Assim constata Ragués i Vallès: “*La primera gran respuesta a la cuestión de cómo debe acreditarse en un caso concreto el conocimiento en que se fundamenta el dolo pasa por afirmar la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: el conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal (...). En lo sucesivo va a encuadrarse a todos los autores que defienden posturas de este tipo bajo la denominación global de concepción psicológica*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 190.

²⁸³ É o que afirma Ragués i Vallès: “*Desde su punto de vista, cuando los tribunales o jueces afirman que ‘alguien ha conocido algo’ no hacen otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretende constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de realización del hecho típico (...). Éstos son los planteamientos que en este trabajo se agruparán bajo la denominación genérica de concepción normativa, pues quienes la integran no caracterizan los juicios que aquí interesan como juicios descriptivos, sino como juicios de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado que prescinden de un plena constatación empírica*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 191.

²⁸⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 191.

²⁸⁵ Assim afirma Ragués i Vallès: “*El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 324.

²⁸⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 328.

arbitrariedades no momento de tal constatação pelos aplicadores do direito: são as denominadas regras de experiência sobre o conhecimento alheio²⁸⁷.

Reconhecendo que as convicções pessoais podem variar de pessoa a pessoa, Ragués i Vallès entende que não cabe ao juiz determinar quais serão essas regras de experiência. Assim, procurando tornar menos subjetivas as regras de experiência, Ragués i Vallès traz uma proposta para auxiliar o juiz quando da análise da experiência comum, como forma de atribuir o conhecimento ao agente, formulando regras de atribuição do conhecimento²⁸⁸.

A primeira regra de atribuição do conhecimento é denominada “conhecimentos mínimos”, que se refere aos conhecimentos que se atribui a um indivíduo, atendendo a sua condição de pessoa normal em sociedade:

*“los conocimientos mínimos se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de otras características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad”*²⁸⁹.

Entende Ragués i Vallès não ser possível elencar uma lista de de quais conhecimentos se deve considerar como sendo mínimo. Portanto, propõe que esta análise seja feita em cada caso concreto, verificando se, socialmente, poderia ser considerado igual uma pessoa que desconhecesse determinadas realidades:

“Qué conocimientos deben considerarse mínimos y cuáles no es algo que, evidentemente, no puede desarrollarse hasta el más minucioso de los detalles y, desde luego, no puede aportarse una lista de los conocimientos que se consideran mínimos en la actual

²⁸⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 358. Destaca Ragués i Vallès que, de forma geral, o recurso mais frequentemente utilizado para provar o elemento subjetivo, além da confissão do acusado, é “la prueba de indicius, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminales**. v. 69, 2007, p. 131.

²⁸⁸ Assim afirma Ragués i Vallès: “El proceso de formulación de las afirmaciones sobre el conocimiento de un sujeto siempre responde a la siguiente estructura: primero se prueba un hecho objetivo y, a partir de éste, se infieren (mejor, se imputan) determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social. Ello no quiere decir que en la discusión sobre la prueba de los hechos objetivos las partes no puedan tener ya en cuenta las repercusiones que para ele tipo subjetivo van a poder derivarse de que un determinado hecho objetivo se dé o no por probado. Pero el método de análisis por el que aquí se opta partirá siempre de que la base objetiva ha sido ya fijada en su plenitud, pues sólo una vez establecida ésta es posible obtener una panorámica global sobre cómo deben operar las reglas de imputación del conocimiento” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 376.

²⁸⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 383.

sociedad. La concreción deberá llevarse a cabo pensando en cada caso concreto si socialmente podría considerarse como igual a una persona que desconociera determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e, incluso, superfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los conocimientos mínimos se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse en el ámbito de la determinación procesal del dolo”²⁹⁰.

A segunda regra de atribuição social do conhecimento se baseia nas “transmissões prévias de conhecimento”, segundo a qual:

“si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento”²⁹¹.

A terceira regra é a “exteriorização do próprio conhecimento”, que deve ser tida juntamente com conhecimentos mínimos e as transmissões de conhecimento. Essa exteriorização do conhecimento pode se dar tanto por meio de declarações do próprio sujeito, como pode se dar através de atos dos quais se possa concluir ter havido conhecimento. Portanto, até mesmo no caso de confissão do acusado devem ser seguidas as regras de imputação²⁹². Nos casos de exteriorizações por meio de atos conclusivos, é possível deduzir, a partir do modo como o sujeito se comporta, se ele contava com determinados conhecimentos²⁹³.

Por fim, a última regra considera “as características pessoais do sujeito como fonte de atribuição de conhecimentos”, como por exemplo, um determinado nível cultural, a profissão exercida pelo sujeito, etc., pois considera que nem todas as pessoas

²⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 383.

²⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 403.

²⁹² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 411.

²⁹³ De acordo com Ragúes i Vallès, “*las exteriorizaciones por actos concluyentes concurren en aquellos casos en que, sin que exista una declaración explícita del sujeto acerca de qué es lo que conoce o conoció en el momento de los hechos, a partir del modo e que tal sujeto se ha comportado, en dicho momento o con posterioridad a él, es posible deducir que cuenta o contaba con determinados conocimientos, de tal modo que, desde un punto de vista valorativo, se interpreta su conducta como una exteriorización*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 417.

que vivem numa mesma sociedade possuem o mesmo nível de conhecimento²⁹⁴, de forma que:

*“sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características”*²⁹⁵.

Especialmente no que se refere à prova do dolo nos crimes de resultado, Ragués i Vallès divide as regras de experiências em dois grupos: o primeiro, de condutas especialmente aptas para ocasionar certos resultados; o segundo, de condutas neutras que, embora sejam objetivamente capazes de provocar determinadas consequências lesivas, na valoração social, elas não estão necessariamente vinculadas ao seu acontecimento.

Exemplo de conduta especialmente apta para ocasionar resultados, é explodir uma bomba em um local cheio de pessoas²⁹⁶. As condutas *especialmente aptas* estão inegavelmente vinculadas à criação de um determinado risco, pelo que o agente não poderá alegar desconhecer em concreto o risco que estava causando, devendo ser atribuído a ele o dolo²⁹⁷.

Diferentemente, nas *condutas neutras*, em que pese ter sido imputado ao sujeito, previamente, o conhecimento de um risco abstrato e de todas as características objetivadas da situação advinda de seu comportamento, do ponto de vista da interpretação social, nem sempre se consideram tais comportamentos inequivocamente ligados à criação de um determinado risco, ou seja, se trata de *“comportamientos en los que socialmente no tiene por qué ser inimaginable una no integración de la aptitud lesiva del riesgo que con ellos se crea”*²⁹⁸. É o exemplo da condução de um veículo que, pela experiência social, é possível que se cause uma morte, mas não se pode atribuir a essa conduta uma consequência indissociável. Mas em relação às condutas neutras, há três exceções, em que, ocorrendo, se pode concluir pela representação concreta do risco: a primeira, se o sujeito exteriorizou ser conhecedor do risco; a segunda, quando a

²⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 425.

²⁹⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 429.

²⁹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 468.

²⁹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 482-483; RAGUÉS I VALLÈS, Consideraciones sobre la prueba del dolo, cit., p. 135.

²⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 484-485.

proximidade do resultado é perceptível por sinais externos, durante a realização da conduta; a terceira, pela dinâmica comissiva, não se faça crível que o sujeito não tinha conhecimento dos riscos de sua atuação²⁹⁹.

Sobre essas regras de atribuição do conhecimento, Ragués i Vallès questiona se se tratam de meras regras processuais ou se integrariam o conceito de dolo³⁰⁰. Considera que defender uma ou outra opção dependerá de quem irá emprega-las. A uma dogmática jurídico-penal só preocupada em estabelecer em abstrato as características do delito, basta considerar o dolo como conhecimento. De outro lado, uma dogmática interessada em analisar todas as condições que devem ocorrer na prática, para que se afirme de modo efetivo a comissão de um delito, só será útil considerar o dolo como conhecimento determinado a partir do sentido social de um fato³⁰¹. Entende que ambas as respostas são plausíveis, dependendo do modelo de interpretação que decida acolher cada jurista. Mas se inclina a sustentar que a primeira interpretação é suficiente, no sentido de que as regras não integram o conceito de dolo, porém, não se deve deixar de lado importantes aspectos da segunda³⁰².

A forma de se preocupar em provar o dolo, deixando em segundo plano a sua conceituação, é alvo de críticas. Puppe aduz que *“la determinación del dolo eventual se refiera a un hecho interno que no pude observar directamente no es una razón suficiente para abandonar el concepto de dolo”*³⁰³, e que essa tentativa de caminhar para a prova do dolo surge, somente, porque doutrinadores insistem em entender o dolo como conhecimento e vontade, atribuindo diversos conceitos substitutos para a vontade, quando, em verdade, ela é irrelevante para a configuração do dolo:

“En realidad, el problema de la subsunción en concepto del dolo eventual, tal como lo entiende la teoría de la voluntad es otro, a saber, el atribuir un sentido inequívoco al elemento volitivo del dolo eventual. En cierto modo sólo se observan criterios claros sobre lo que este elemento volitivo no es: no es un juicio moral favorable acerca de la propia acción, es decir, una aprobación; no consiste tampoco en desear el resultado, ni en mostrar indiferencia hacia él.

²⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 487-496; RAGUÉS I VALLÈS, Consideraciones sobre la prueba del dolo, cit., p. 135.

³⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 362.

³⁰¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 364.

³⁰² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**, cit., p. 365.

³⁰³ PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual, cit., p. 295.

Expresiones como ‘resignarse’ [in Kauf nehmen], ‘aceptar’ o ‘conformarse con’ parten claramente de que el autor no le resulta indiferente el resultado, sino que en un primer momento la representación de su acaecimiento le resulta desagradable”³⁰⁴.

Puppe reconhece que a dificuldade de se definir um conceito gera problemas para prova-lo, porém, defende que a solução não é procurar um método para prova-lo, mas sim, melhor definir seu conceito:

“Por um lado, é seguramente verdadeiro que o sentido de um conceito é bastante duvidoso, se não se consegue determinar por intermédio de que método sua realização deve ser comprovada em juízo. Mas não se pode, por outro, tomar um conceito que não tem sentido claro, e esperar que tal sentido surja após a formulação de regras probatórias”³⁰⁵.

Por outro lado, Péres Barberá entende que é fundamental que uma teoria dogmático-penal se preocupe com sua viabilidade processual, sem a qual perderia sua legitimação, ou, ao menos, careceria de força de convicção³⁰⁶.

2.5 A teoria de Gabriel Pérez Barberá

Gabriel Pérez Barberá é um dos mais inovadores defensores da teoria do dolo sob um enfoque totalmente normativo: *“Dolo no es ni voluntad ni conocimiento. Imprudencia, por su parte, no es ni ausencia de voluntad ni ausencia de conocimiento”³⁰⁷.*

Segundo o autor, há mais de um século, a doutrina dominante entende a culpa como uma categoria normativa, que nada tem a ver com estado mental, seja ela entendida como uma violação de um dever de cuidado, seja como criação de um risco não permitido, a reprovação à conduta culposa do autor é sempre de caráter objetivo.

³⁰⁴ PUPPE, Ingeborg. *Perspectivas conceptuales del dolo eventual*, cit., p. 295.

³⁰⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**. Op. Cit. p. 60. E prossegue a autora afirmando: *“Por mais necessário que seja estudar a questão das possibilidades e dos métodos de prova do dolo eventual, é perigoso afirmar, como Prittwitz ([1993], 359) que ‘o aspecto central da problemática do dolo não é conceitual, mas processual’, ou, como faz Hassemmer (Kaufmann-GS [1989], 289 [305]), oferecer um catálogo aberto de indicadores’ em vez de uma explicação do conceito de dolo”* Idem, *ibidem*, p. 60.

³⁰⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 702-703.

³⁰⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 43.

Não entende porque o dolo, que é da mesma categoria da culpa – o crime ou é doloso ou é culposo –, continua sendo considerado como um dado fático, ou psíquico, e não tratado da mesma forma como a culpa, como conceito normativo³⁰⁸.

Como se tem observado da análise das demais teorias, Pérez Barberá não se contenta com nenhum dos posicionamentos até então desenvolvidos, por considerar que, até mesmo as teorias mais “normativistas”, possuem um aspecto de atitude interna, que as descaracteriza como teorias de cunho normativo, pois, o conhecimento seria um estado mental³⁰⁹. Por isso, Pérez Barberá propõe uma reformulação dos conceitos de dolo e culpa, em que não se identificam com o conhecimento ou o desconhecimento, querer ou não querer.

De acordo com Pérez Barberá, da mesma forma como não se deve admitir um conceito psicológico de dolo, também não se deve normativizar conceitos empíricos, como conhecimento ou vontade. Só podem ser normativizados ou re-normativizados os conceitos que já são normativos, tais como dolo e culpa³¹⁰. Com base nisso, Pérez Barberá critica os doutrinadores que, embora defensores de conceitos normativistas do dolo, acabam por tentar, sem sucesso, normativizar conceitos empíricos. É o que teria ocorrido com Puppe, que “*quiere ‘normativizar’ el dato psíquico ‘voluntad’, Roxin quiere ‘normativizar’ el dato psíquico ‘decisión’ y Jakobs quiere ‘normativizar’ el dato psíquico ‘indiferencia’*”³¹¹.

Para Pérez Barberá, essa tentativa de normativizar conceitos empíricos feita por Puppe, Roxin e Jakobs não é diferente do que foi feito pelo BGHSt em relação ao “Caso de la correa de cuero”, em que se tentou normativizar o conceito de querer, asseverando

³⁰⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 46-47.

³⁰⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 48-49. Nas palavras do autor: “*A ese déficit de fundamentación normativa contribuye, a mi juicio, el hecho de que, incluso aquellos para quienes es obvio que el concepto de dolo es un concepto jurídico-normativo, y no empírico, no han intentado reconstruir con precisión en qué consiste concretamente ese concepto normativo, y por eso, aunque digan que el concepto de dolo es jurídico, terminan, pragmáticamente, identificando al dolo con conocimiento (o con voluntad, etc.), con lo cual, en definitiva, aceptan una vinculación de tipo conceptual entre ‘dolo’ y el dato psíquico en cuestión*” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar em Derecho**. v. 1, 2012, p. 172.

³¹⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 72. Para Pérez Barberá, normativizar, nesse contexto, significa “*asumir el desafío de eliminar las falacias naturalistas que se siguen cometiendo en los intentos de explicar esos conceptos normativos*” e o empírico, por sua vez, sempre permanecerá empírico, até mesmo para o direito. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 175.

³¹¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 176.

se tratar de “querer em sentido jurídico”³¹². Pérez Barberá deixa claro que os dados empíricos, sejam psíquicos ou físicos, não são irrelevantes para determinar a reprovação dolosa, mas não integram o conceito de dolo³¹³. Pérez Barberá esclarece que o dolo e a culpa são propriedades ou características que fazem com que um caso seja doloso ou culposo; ou seja, o dolo e a culpa definem casos, não pessoas.³¹⁴

No que se refere à formulação dos conceitos de dolo e culpa, Pérez Barberá defende que são propriedades normativas, pois:

“lo que torna doloso o imprudente a un caso es una determinada valoración objetiva de él como más o menos grave. Dolo equivale, entonces, a reproche grave (e imprudencia a reproche atenuado) al hecho. Y es claro que la gravedad de un hecho es una propiedad normativa (o valorativa o evaluativa) de ese hecho, no una propiedad fáctica”.³¹⁵

A fim de explicar melhor como o dolo é uma propriedade definidora de um caso, Pérez Barberá trabalha com o exemplo de um tipo penal de corrupção de menores. Assevera que a propriedade empírica seria a existência de uma ação; a propriedade técnico-jurídicas seria a minoridade da vítima; e as propriedades valorativas, normativas ou avaliativas seriam o caráter sexual da ação, o caráter de corrupção e o caráter doloso da ação. O caráter doloso de uma ação seria um juízo de valor sobre aquela ação, assim como se pode afirmar que, em um delito grave, a gravidade será determinada por um juízo de valor³¹⁶.

Essas propriedades valorativas, que caracterizam um caso como doloso são traduzidas a propriedades ou características empíricas, por meio de regras de correspondência, a partir das quais se poderá dizer que houve uma possibilidade objetivamente privilegiada de prever a realização do tipo³¹⁷.

³¹² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 176.

³¹³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 177.

³¹⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 180-181.

³¹⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 181. Nesse mesmo sentido: CÓRDOBA, Fernando. Dolo y inevitabilidad individual. **Revista Pensar em Derecho**. v. 1, 2012, p. 214.

³¹⁶ Pérez Barberá exemplifica com o crime de lesão grave. Não se encontra no mundo uma lesão grave, se encontra, por exemplo, uma deformação permanente no rosto, que é um dado empírico, que, por um juízo de valor, representa uma lesão grave. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 182.

³¹⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 182. Explica que: “Para lo que aquí interesa, puede decirse que si en un caso se constatan una serie de hechos a partir de los cuales puede decirse que existe una posibilidad objetivamente privilegiada de prever la realización del tipo, entonces ese caso podrá ser interpretado como doloso. Es decir: esos hechos serán los que permitan emitir una

Para Pérez Barberá, os fatos psíquicos, físicos e institucionais são dados empíricos, os quais devem ser provados no processo³¹⁸. Porém, o dolo não é um fato psíquico, nem físico, nem institucional, o dolo não é um estado mental que se atribui a uma pessoa, como o conhecimento ou a intenção, mas sim uma propriedade normativa, própria do direito, que demonstra a relevância de determinado fato³¹⁹. Conseqüentemente, não é o dolo que deve ser provado, mas sim os elementos empíricos³²⁰.

A teoria desenvolvida por Pérez Barberá não é uma teoria sobre o dolo eventual, mas sim uma teoria do conceito de dolo, que considera como dolo básico o que hoje é denominado dolo eventual, e nos casos em que o tipo penal exige algum requisito adicional, o dolo seria qualificado³²¹. De acordo com o próprio autor, é uma teoria da probabilidade, que trabalha com uma relação indutiva, probabilística entre os enunciados dolo e culpa³²². Tanto o dolo quanto a culpa são uma reprovação objetiva ante uma possibilidade objetivamente privilegiada de previsão, mas entre eles, há uma relação gradual ou comparativa³²³. Pérez Barberá não foi o primeiro a sustentar uma versão mais atualizada da teoria probabilidade, porém, estuda mais a fundo os diferentes conceitos de probabilidade, diferenciando detalhadamente o conceito objetivo³²⁴, do conceito subjetivo³²⁵ e do conceito lógico³²⁶ de probabilidade. Após rechaçar os

determinada valoración de ellos, que es aquello en lo que el dolo consiste como concepto-objeto” idem, ibidem, p. 183.

³¹⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 184.

³¹⁹ “El dolo no forma parte del mundo fáctico sino del mundo normativo. El dolo no es un hecho, ni psíquico ni de ninguna otra índole” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 72; “El dolo, en cambio, no forma parte del mundo, sino del derecho” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 185.

³²⁰ Para Pérez Barberá, também o dolo também não é um juízo adscritivo. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 184.

³²¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 689.

³²² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 692.

³²³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 657.

³²⁴ Nas palavras do autor: “El concepto objetivo (también llamado estadístico) de probabilidad se refiere al valor de frecuencia relativa con que puede darse un suceso, el cual es entendido como una propiedad disposicional (o propiedad física, si se quiere) del objeto que provoca el suceso” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 693.

³²⁵ Quanto ao conceito subjetivo, o autor explica que: “El concepto subjetivo de probabilidad, por su parte, se refiere al grado de probabilidad que, en un juicio o enunciado (o hipótesis) de probabilidad, un emisor determinado otorga a la ocurrencia de un suceso determinado en un tiempo determinado y con relación a un conjunto de datos determinados” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 693-694.

³²⁶ “El concepto lógico de probabilidad se refiere al tipo de inferencia existente entre una conclusión y sus premisas, que es precisamente el tipo de inferencia que caracteriza a la lógica inductiva. (...) el concepto lógico de probabilidad no es relativo a un emisor y a un tiempo determinados. De allí que la

conceitos objetivo e subjetivo, adota para sua teoria do dolo o conceito lógico de probabilidade, sustentando que toda reprovação dolosa e culposa está fundada em um enunciado de probabilidade, o qual é condicional e conta com um antecedente e um conseqüente³²⁷. Para o conceito lógico de probabilidade, as hipóteses de probabilidade, que são relativas a um determinado complexo de dados, são objetivas, sendo irrelevante o que tenha representado o sujeito. Trata-se, por fim, de um conceito comparativo de probabilidade, não quantitativo³²⁸.

Para determinar quais condutas devem receber um tratamento mais rigoroso – dolosas –, quais devem receber um tratamento mais brando – culposas –, e quais não merecem reprovação alguma, Pérez Barberá formula sua concepção com suporte em dois axiomas: o fim do direito penal e a razão para se penalizar com maior rigor determinada classe de delitos em detrimento de outra.

Quanto ao fim do Direito Penal, Pérez Barberá formula uma síntese entre os pensamentos de Luhmann e Habermas nos seguintes termos:

*“fin del derecho penal es la estabilización de expectativas normativas configuradas a partir de reglas comunicadas por los tipos penales, que resultan defraudadas por conductas que, por su parte, comunican un apartamiento de aquellas reglas de modo suficientemente intenso como para tornar necesario el inicio de un proceso de discusión, tendiente a obtener consenso respecto a si es necesario aplicar pena para garantizar aquella estabilización, esto es, para mantener contrafácticamente las expectativas defraudadas”*³²⁹.

Sobre qual a *ratio legis* do maior castigo de certa classe de crimes em relação a outra, assim explica Pérez Barberá:

“la orientación en el mundo sólo es óptima si está fundada en representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas. Representaciones epistémicamente irracionales

forma de los enunciados que lo contienen sea la siguiente: ‘la probabilidad de una hipótesis H en virtud del conjunto de datos D es x’” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 694.

³²⁷ Assim exemplifica Pérez Barberá: *“si se da un conocimiento x del autor, una voluntad y, una entidad del peligro creado z, etcétera, entonces existe una probabilidad p de que el autor prevea la realización del tipo”* PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 696.

³²⁸ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 697.

³²⁹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 129. Concordando com os fins do Direito Penal tais como considerados por Pérez Barberá: CÓRDOBA, Fernando. *Dolo y evitabilidad individual*, cit., p. 214.

determinan orientaciones cognitivas defectuosas, al igual que representaciones epistémicamente racionales pero ontológicamente desacertadas. Por su parte, la falta de conocimiento o de representación, si es racional, determinará también orientaciones defectuosas, y si es irracional, orientaciones arbitrarias. Si se trata del apartamiento de una regla, el que se funda en una orientación óptima tiene la misma intensidad comunicativa en contra de aquella que el que se funda en una orientación arbitraria, intensidad que es siempre mayor a la del apartamiento que se funda en una orientación defectuosa”³³⁰.

De acordo com a teoria de Pérez Barberá, para se poder considerar presente o dolo, que é uma propriedade normativa, deverão ser constatados dados empíricos, tais como conhecimento, vontade, confiança, indiferença, representação etc. Mas nem sempre todos esses dados empíricos terão a mesma relevância. Assim, deve-se determinar uma hipótese de relevância, que será o norte para verificar, no caso concreto, quais dos dados empíricos deverão ser considerados como relevantes ou irrelevantes. Quanto à formulação dessa hipótese de relevância, esclarece o autor:

“La hipótesis de relevancia en cuestión reza lo siguiente: respecto de los datos físicos, deben ser considerados relevantes todos aquellos que contribuyeron a conformar el caso; respecto de los datos psíquicos (o estados mentales), sólo deben ser considerados relevantes aquellos que quepa reputar epistémicamente racionales”³³¹.

Desta hipótese de relevância, são inferidas duas regras específicas de relevância. A primeira: para que os dados empíricos, físicos ou mentais, sejam considerados relevantes, devem ser idôneos para influenciar, em maior ou menor intensidade, o grau de possibilidade objetiva de previsão da realização de um fato típico (retirado de uma regra jurídico-penal)³³².

A segunda regra de relevância vale, apenas, para os estados mentais. Para que um estado mental possa ser considerado relevante é necessário que seja

³³⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 132. No mesmo sentido defende: CÓRDOBA, Fernando. Dolo y evitabilidad individual, cit., p. 214.

³³¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 752.

³³² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 752-753.

epistemicamente racional ou tenha uma origem ou fonte racional³³³. E é com base nessa segunda regra de relevância que Pérez Barberá sustenta que um conhecimento ou desconhecimento, uma intenção ou uma confiança, podem não ser levados em conta para formular uma hipótese de probabilidade em que se fundará o caráter doloso ou culposo da ação, se não forem epistemicamente racional³³⁴.

A partir disso, separa as condutas em dois diferentes grupos: aquelas colocadas em prática a partir de uma situação “ótima” para se orientar no mundo, e as colocadas em prática a partir de situação “não ótima” para se orientar no mundo.

As situações “ótimas” são aquelas que têm como base representações epistemicamente racionais³³⁵ y ontologicamente acertadas. Nesses casos, se há a prática de um fato típico, considera-se que há um elevado efeito comunicativo contrário à regra jurídica, e esta conduta deve receber um castigo maior, o doloso:

“Las conductas que se ponen en práctica a partir de una situación óptima para orientarse en el mundo (esto es, las que tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas), si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla”³³⁶.

Pérez Barberá considera que nessa hipótese se enquadram tanto situações tradicionalmente consideradas como de dolo direto de primeiro grau quanto de dolo eventual. Ou seja, situações em que o agente quer, sabe e representa, bem como situações em que o agente não quer, mas sabe da possibilidade de ocorrência do resultado³³⁷.

No que se refere às situações “não ótimas” para se orientar no mundo, Pérez Barberá as separa em três diferentes subgrupos. O primeiro é da prática de um fato

³³³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 754-755.

³³⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 755.

³³⁵ Segundo Pérez Barberá, a palavra “racional” corresponde a “*determinadas bases epistémicas, o con modos de actuar normales o cotidianos de la generalidad o de quienes se desempeñan en una actividad concreta dentro de una sociedad determinada*” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 133.

³³⁶ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 133.

³³⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 134.

típico que tem por base uma ausência de representação epistemicamente racional, ou uma representação epistemicamente racional, mas ontologicamente defeituosa. O segundo é da prática de um fato típico que tem por base uma representação epistemicamente irracional. E o terceiro é da prática de um fato típico que tem por base a ausência de representação epistemicamente irracional.

No primeiro caso, de situação “não ótima” em que há ausência de representação epistemicamente racional, ao agente falta a representação do risco de sua conduta, e ele merece uma pena mais atenuada, pois não houve por sua parte um desafio objetivo a regularidades empíricas óbvias ou às normas de conduta. Seria o caso do sujeito que esquece o ferro de passar roupa ligado e causa um incêndio, o agente não representa a possibilidade do incêndio. Equivaleria à culpa inconsciente³³⁸. Ainda no primeiro caso, de situação não ótima, mas em que há representação ontologicamente defeituosa, o agente também merece uma pena mais atenuada, pois igualmente não houve por parte dele um desafio objetivo a regularidades empíricas óbvias ou às normas de conduta, pois a representação foi defeituosa. Seria o caso do sujeito que joga um cigarro aceso em uma floresta, representando a possibilidade de causar um incêndio, mas acreditando que isso não ocorrerá. Equivaleria à culpa consciente³³⁹. Em ambos os casos, a pena a ser aplicada deve ser a do crime culposo.

O segundo caso é aquele em que a situação é “não ótima” e a representação é epistemicamente irracional. O sujeito comunica, subjetivamente, uma regra, por exemplo, quer matar a vítima. Porém, objetivamente essa comunicação não pode ser levada a sério como sendo um atentado à norma, em razão da falta de correlação objetiva entre a conduta e o mundo. Isso pode ocorrer tanto se, ao final, o resultado se concretiza, quanto se ele não se realiza. Por exemplo, o sujeito a credita que por sua vítima ser hindu, que ela não sabe nadar, e a empurra em uma piscina, porém, de fato ela não sabia nadar, e acaba morrendo. O resultado era objetivamente inesperado, mas

³³⁸ “Se trata de una falta de representación del riesgo de daño que importaba su conducta que es epistémicamente racional, pues no está fundada en un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementares propias de ese ámbito específico de actuación” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 135-136.

³³⁹ “Se trata de una representación ontológicamente defectuosa pero epistémicamente racional, pues tampoco está fundada en un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementares propias de ese ámbito específico de actuación (...) Y ello grava sólo atenuadamente al autor, que racionalmente cree que el incendio no ocurrirá (su orientación cognitiva no es óptima)” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual*, cit., p. 136.

se ocorre, o castigo deve ser o da forma culposa. Porém, se o resultado não se concretiza, seria uma situação de tentativa irreal e, portanto, o sujeito não sofrerá qualquer punição³⁴⁰.

Por fim, a última hipótese é a de prática de um fato típico por um desconhecimento ou uma ausência de representação epistemicamente irracional, seria o caso do sujeito que desconhece porque não lhe interessa saber. Neste caso, defende Pérez Barberá que a reprovação deve ser a dolosa, diante da elevada intensidade comunicativa do autor:

*“En estos casos, la conducta tiene lugar a de postura que debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla. Ello es así porque ‘arbitrariedad’, en este contexto, significa un desafío objetivo a regularidades empíricas obvias o a normas de conducta elementales propias de ese ámbito específico de actuación (ceguera ante los hechos)”*³⁴¹.

Conforme será melhor analisado no item 2.7, um vez considerada a distinção de dolo e culpa no conhecimento ou desconhecimento, os casos de cegueira diante dos fatos seriam considerados culposos, por faltar o conhecimento. Diferentemente, para Pérez Barberá, nos casos de cegueira diante dos fatos, o importante não será o conhecimento, mas sim a intensidade da comunicação da conduta realizada contrariamente à norma, verificada ao lado da racionalidade da falta de representação. Nesses casos, verifica-se uma irracionalidade por parte do autor em conhecer, por ser fruto de uma arbitrariedade, o que se pode considerar, objetivamente, como altamente desafiadora da regra. Essa a razão para se considerar como dolosas as situações de cegueira diante dos fatos³⁴².

³⁴⁰ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 136-138.

³⁴¹ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 138. A título de esclarecimento, *cegueira ante los hechos* é diferente de *cegueira deliberada*. A cegueira ante os fatos, *Tatsachenblindheit* em alemão, chamada por Jakobs de culpa dirigida a um fim, é aquela em que a situação de desconhecimento se deve a um desinteresse, ou indiferença, por parte do autor, enquanto que, na cegueira deliberada, o desconhecimento se dá de maneira intencional. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007, p. 123-124.

³⁴² PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 142. Nesse mesmo sentido, defende Fernando Córdoba: “*esa ‘mayor intensidad comunicativa’ no depende únicamente de si el autor se representó o no el resultado, como pretende la concepción tradicional, sino de la racionalidad del modo en que el autor llegó o no a esa representación*” CÓRDOBA, Fernando. *Dolo y evitabilidad individual*, cit., p. 214.

Com suporte nessa concepção, Pérez Barberá critica o posicionamento da doutrina e do BGHSt em relação ao “Caso de la correa de cuero”, em que consideraram que os sujeitos atuaram como dolo, embora não eles não tenham representado o resultado como possível. De acordo com Pérez Barberá, este é um caso, sim, de dolo, por se tratar de cegueira diante dos fatos³⁴³. E, então, conclui: “*que haya dolo o imprudencia no depende, por tanto, de que haya o no representación, sino del motivo de la presencia o de la ausencia de representación*”³⁴⁴.

Especificamente em relação à cegueira ante os fatos, Pérez Barberá reconhece que a reprovação objetiva deve ser a maior possível – conduta dolosa ao invés de culposa –, no entanto, sustenta que a reprovação individual, nesses casos, poderia ser considerada pequena, em comparação com condutas dolosas em que há representação racional. A forma de resolver essa questão seria por meio da aplicação próxima ao mínimo legal, atendendo à escassa culpabilidade do agente³⁴⁵.

Uma das conclusões mais importantes da teoria de Pérez Barberá é que o conceito de perigo relevante para o direito penal não é relevante por si só, ou seja, nos casos de riscos pouco prováveis, ainda que haja intenção ou outro estado mental, não haverá dolo, e nos casos de riscos muito elevados, a ausência de representação não pode excluir o dolo³⁴⁶.

Com base na fundamentação exposta, Pérez Barberá define o dolo e a culpa da seguinte forma:

“dolo es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; imprudencia es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-

³⁴³ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 171.

³⁴⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche, cit., p. 198.

³⁴⁵ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 683-684.

³⁴⁶ “Frente a tales niveles de probabilidad o de improbabilidad, pretensiones contrarias a esas prognosis objetivas han de aparecer, forzosamente, como objetivamente extravagantes, aunque, a la vez, sean compatibles con una base epistémica o afectiva individual (...). Si, por ejemplo, la entidad del peligro inherente a una acción que importa la creación de un riesgo no permitido es mínima o insignificante (= prácticamente probabilidad 0), debe descartarse sin más la relevancia de la intención del autor de realizar ese peligro; por su parte, si la entidad del peligro inherente a la acción es extremadamente elevada (= prácticamente probabilidad 1), debe descartarse sin más la falta de intención de realizarlo” PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 768-769.

*penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento*³⁴⁷.

A teoria desenvolvida por Pérez Barberá recebeu uma série de críticas na doutrina, principalmente, por excluir do dolo a necessidade da presença de um elemento cognitivo, o que acaba por alargar as condutas que podem ser consideradas dolosas, como ocorre com a cegueira diante dos fatos³⁴⁸. Ragúes i Vellès questiona a conclusão de Pérez Barberá no sentido de que sempre que houver ignorância de riscos elevados e evidentes para um observador médio deve acarretar uma imputação dolosa, pois, a razão para o desconhecimento pode ser um descuido grave, o qual não justificaria tão grave sanção³⁴⁹.

Por outro lado, Fernando Córdoba aceita a doutrina de Pérez Barberá em vários de seus aspectos, mas não em sua integralidade. Considera que, antes que se possa analisar a intensidade do conteúdo comunicativo de um comportamento, deve ser considerada a evitabilidade individual da conduta, pois é um pressuposto mínimo da responsabilidade jurídico-penal que a conduta seja evitável ao autor da ação³⁵⁰.

2.6 *Recklessness*

Em diversos crimes, especialmente quando se está diante de crimes econômicos, surge o interesse em novas proteções pelo direito penal. Verifica-se, na doutrina estrangeira, que alguns doutrinadores destacam a figura da *recklessness*, do direito anglo-americano, que constitui uma terceira espécie de elemento subjetivo, situado entre

³⁴⁷ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, cit., p. 648.

³⁴⁸ Nesse sentido: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar em Derecho**. v. 2, 2013, p. 358-360.

³⁴⁹ “Es dudoso, en cambio, que en aquellos casos en los que la razón del desconocimiento (de la ‘ceguera’) no sea la falta de interés por conocer o una grave indiferencia, sino un descuido gravísimo ante un riesgo muy elevado, el hecho sea expresión de aquello que legitima la imposición de la pena propia del dolo” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para um tema classico. **InDret**. Barcelona, jul. 2012, p. 9. Nesse mesmo sentido, Laura Manrique assevera: “creo también que es necesario dejar suficiente espacio para que los agente puedan explicar las razones de su ignorancia” MANRIQUE, María Laura. Reproche al “Dolo como reproche”. **Revista Pensar em Derecho**. v. 2, 2013, p. 410.

³⁵⁰ “En efecto, parto aquí de la base de que la evitabilidad individual de la conducta constituye el presupuesto mínimo para que pueda tener lugar la imputación de responsabilidad jurídico-penal. Evitabilidad individual significa que la conducta debe haberle sido evitable al autor concreto y no, por ejemplo, a un hombre promedio. En otras palabras, sucesos que al autor no le era posible evitar no se le pueden imputar” CÓRDOBA, Fernando. Dolo y evitabilidad individual, cit., p. 216.

o dolo e a culpa: “*En el Derecho penal anglo-americano, por lo demás, la recklessness, como un nivel intermedio entre dolo y culpa, constituye una categoría reconocida y ampliamente utilizada*”³⁵¹.

Segundo Maria del Mar Diaz Pita, a *recklessness* representaria uma colocação em perigo de um bem jurídico, mas das situações em que não houvesse intenção, ou seja o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual, bem como a culpa consciente:

“*En el Derecho anglosajón, sin embargo, estas dificultades no se plantean al existir la llamada recklessness como figura autónoma respecto de la intention, que equivaldría en nuestro derecho al dolo directo y de la negligence, nuestra imprudencia consciente. El núcleo que define la figura de la recklessness reside en la puesta en peligro de un bien jurídico: ‘una persona que no tiene intención de causar un resultado lesivo, puede que acepte un riesgo injustificado de causarlo. En ese caso el sujeto estará actuando con recklessness’. El riesgo de un resultado lesivo para el bien jurídico implícito en la acción que el sujeto lleva a cabo es, por tanto, la base de la recklessness*”³⁵².

Há doutrinadores que propõem que seja considerada, *lege ferenda*, uma terceira forma de elemento subjetivo, equivalente à *recklessness*, que abarcaria o dolo eventual e a culpa consciente. De acordo com Roxin, esta seria a proposta de Eser e Weigend defendem uma tripartição do elemento subjetivo: dolo, temeridade (no sentido de *recklessness*) e culpa³⁵³. De acordo com Ragués i Vallès, essa terceira forma de imputação subjetiva resolveria o problema da discrepância entre as penas previstas para o dolo e a culpa, uma vez que a pena poderia corresponder ao máximo da pena prevista para a culpa e a mínima prevista para o dolo³⁵⁴.

³⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**, cit., p. 69.

³⁵² DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**, cit., p. 250.

³⁵³ Segundo Roxin: “*Las dificultades de la delimitación entre dolus eventuales e imprudencia consciente han inducido a Eser a considerar de lege ferenda la reunión de ambos en una tercera forma específica de culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia. Weigend ha fundamentado en profundidad esta idea, apoyándose en la figura jurídica angloamericana de la ‘recklessness’, que persigue una solución semejante*” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 447. Também expondo a proposta de Weigend, Jakobs: “*Se ha propuesto sustituir la biparticipación dolo-imprudencia por una tripartición dolo-‘temeridad’ (en el sentido de recklessness)-imprudencia y asignar al término intermedio los casos de conciencia concreta de puesta en peligro sin conocimiento seguro de la lesión y sin intención de lesionar (Weigend, ZStW, 93, pp. 657 ss., 687 ss.)*” JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 326.

³⁵⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, aula “Teoria do delito econômico: imputação subjetiva (classes de dolo e imprudência)”, ministrada em 16.09.2016, no curso “Direito Penal Econômico: conceitos e atualidades”, promovido pelo IASP em parceria com a Universidade Pompeu Fabra, na cidade de São Paulo.

Roxin se posiciona contrariamente à importação da *recklessness* pelo ordenamento alemão, por considerar que tal mudança igualaria, indevidamente, a decisão de agir contra um bem jurídico e a confiança negligente em sua não afetação³⁵⁵. Outra crítica, vinda da doutrina espanhola, é formulada por Díaz Pita, que considera que a *recklessness* não eliminaria as dificuldades que hoje se apresentam na delimitação do dolo e da culpa³⁵⁶.

No caso do direito brasileiro, não é possível, *de lege lata*, admitir a *recklessness* por sua incompatibilidade com do Código Penal, que admite, apenas, as modalidades de dolo e culpa na tipificação subjetiva. Ao mais, não se verifica uma movimentação doutrinária ou jurisprudencial nacionais para essa inclusão. Por essa razão, e considerando do âmbito de abrangência desse trabalho, não será aprofundado o estudo da *recklessness*, que requer uma análise mais detida do direito anglo-americano. Entendeu-se necessária, apenas, esta breve explanação sobre a *recklessness*, pois, por vezes, tal tema é tratado em estudos sobre o dolo no direito penal alemão e espanhol.

2.7 Cegueira deliberada

Nesse contexto de dificuldade de uma conceituação do dolo, especialmente, mas não exclusivamente, em crimes econômicos, os tribunais pátrios, na esteira do que tem ocorrido em outros sistemas, vêm admitindo a aplicação da cegueira deliberada, ou ignorância deliberada, originária da doutrina norte-americana da *willful blindness*, equiparando-a ao dolo eventual, para justificar condenações.³⁵⁷ Isso decorre tanto do fato de que, grande parte dos delitos econômicos não admitem modalidade culposa, como em razão da dificuldade probatória do dolo.

E essa mesma tendência se verifica na jurisprudência espanhola, como explica Silva Sánchez:

“Precisamente, en los últimos tiempos se ha sostenido la imputación de dolo en casos en los que, simultáneamente, se admitía

³⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Tomo I, cit., p. 448.

³⁵⁶ DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**, cit., p. 257.

³⁵⁷ A título de exemplo, reconheceu-se a cegueira deliberada para condenar os acusados pelo crime de lavagem de dinheiro (TRF3, Ap. Crim. 00403674720004030000, Rel. Nino Toldo, 11ª turma, j. 12.08.2015), gestão fraudulenta (TRF3, Ap. Crim. 00011231720084036181, Rel. Denise Avelar, 2ª Turma, j. 01.12.2015) e receptação (TRF5, Ap. Crim. 00111923120104058300. Rel. Emiliano Zapata Leitão, 4ª Turma, j. 21.07.2015).

*la imposibilidad de constatar un estado mental de conocimiento. Ello se ha manifestado de modo especial desarrollo en la cultura jurídico-penal anglosajona (willful blindness) y se discuten desde hace algún tiempo en España. Su base es que cabe la imputación dolosa aun siendo imposible constatar un estado mental de conocimiento de la situación en el sujeto, siempre y cuando pueda imputársele que debería haberla conocido y que, si no la conoció, fue porque provocó el desconocimiento por acción o por omisión. No hace falta subrayar la importancia de esta concepción en el ámbito del Derecho penal económico-empresarial, en el que la mayor parte de los delitos no admiten la realización típica imprudente, de modo que la negación de la existencia de dolo conlleva la exclusión de la responsabilidad penal*³⁵⁸.

De acordo com Ragués i Vallès, a cegueira deliberada tem sua origem no *common law*, onde foi utilizada “*para castigar como realizados a sabiendas supuestos en los que el acusado sólo contaba con la sospecha o la representación de la posibilidad de que concurriera un determinado elemento típico*”³⁵⁹.

Sustenta que a cegueira deliberada tem sido invocada pelos tribunais espanhóis sem razão, como uma pretensão de ampliar o conceito de dolo. Sem razão porque, na grande maioria dos casos em que foi invocada para justificar uma condenação, o resultado não teria sido diverso se a situação tivesse sido analisada considerando, apenas, o dolo eventual³⁶⁰.

Considera que, nos casos de lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas, ainda que o sujeito tenha evitado conhecer algo a mais do que já sabia, o grau de conhecimento que possuía já seria suficiente para considerar presente o dolo eventual³⁶¹. São situações em que o agente desconhece, por lhe faltar interesse em conhecer. Por exemplo, no

³⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 99, 2012, p. 327.

³⁵⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 98.

³⁶⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 99.

³⁶¹ Nesse sentido, explica o autor: “*En muchos de los supuestos en los que se aplica por los tribunales estadounidenses la willful blindness sirve para colmar la laguna punitiva que en aquel sistema parece surgir cuando un sujeto, contando ya con un nivel básico de conocimiento acerca de las características de su comportamiento, ha renunciado a conocer más de lo que ya sabía. Por ello, de ser puristas cabría incluso cuestionar que en estos supuestos pudiera hablarse estrictamente de ignorancia, por la sencilla razón de que en la gran mayoría de ellos el sujeto activo cuenta con un grado importante de conocimientos que, en los sistemas continentales, suele bastar por sí solo para apreciar dolo eventual*” RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 99-100.

tráfico de drogas, o sujeito recebe uma alta quantia em dinheiro para transportar uma mercadoria. Ele tem fundadas suspeitas de que se trata de droga ilícita, mas não procura se informar, simplesmente, preferindo não saber.

Contudo, Ragués i Vallès entende que a cegueira deliberada poderia ser aceita no direito espanhol, em outras situações. A primeira delas seria nos crimes que necessitam de um conhecimento certo e atual dos elementos que integram o tipo objetivo, ou seja, aqueles que exigem algo a mais, como “*a sabiendas*”, “*con conocimiento*”³⁶².

A cegueira deliberada também poderia ser considerada para fins de individualização da pena, dispensando ao sujeito um tratamento mais benéfico, tal como se pudesse dispensar àquele que agiu com dolo eventual, em comparação àquele que agiram com dolo direto³⁶³.

Por fim, há a classe que Ragués i Vallès denomina de ignorância deliberada *stricto sensu*, que é aquela em que o agente, de forma intencionada, evita obter os conhecimentos mínimos necessários³⁶⁴, ou seja, em que o agente se coloca em uma situação proposital de erro de tipo, cria uma barreira ao conhecimento de elemento constitutivo do tipo³⁶⁵.

Os casos de ignorância deliberada *stricto sensu*, de acordo com Ragués i Vallès, são diferentes dos demais casos de ignorância, porque não há um mínimo grau de conhecimento por parte do agente. Se o dolo exige, ao menos, o conhecimento, entende o autor que não teria como sancionar criminalmente aquele que atua sem o conhecimento:

*“resulta muy dudoso que los responsables de estos hechos puedan ser sancionados por medio de la figura del dolo eventual, pues en ninguno de estos casos se constata, en el momento de la realización típica, la presencia de aquel grado mínimo de conocimiento necesario para apreciar esta modalidad de dolo”*³⁶⁶.

No entanto, Ragués i Vallès reconhece que, em determinadas situações de cegueira deliberada, há a necessidade de se aplicar ao agente a mesma pena dos fatos

³⁶² RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 105.

³⁶³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 109.

³⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 109.

³⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**. v. 933, 2013, p. 933.

³⁶⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 114.

praticados mediante dolo eventual, pois nela se expressa um grau de indiferença equiparável ao que se observa em tal modalidade de dolo. Partindo do pressuposto que a cegueira deliberada *stricto senso* merece ser alvo de reprovação penal, Ragués i Vallès estabelece três requisitos para tanto: o primeiro é que deve existir no sujeito uma *suspeita justificada* acerca da ocorrência em sua conduta dos elementos exigidos por um *determinado delito*; o segundo requisito é o da disponibilidade, quer dizer, a informação que o sujeito evitou conhecer devia estar a seu alcance, ele poderia tê-la conhecido por meio confiável, rápido e ordinário; por fim, deve haver um componente motivacional, agindo o sujeito com o propósito consciente de querer se exculpar de responsabilidade, no caso de descoberto³⁶⁷.

A partir desses requisitos, Ragués i Vallès propõe que um conceito jurídico-penal de ignorância deliberada qtenha os seguintes elementos: que o sujeito não conte com aquele conhecimento que permitiria afirmar que ele atuou com o grau de representação exigido para o dolo; que o sujeito tenha a capacidade de obter a informação ignorada, não sendo necessário um dever específico; que o sujeito tenha o dever de obter a informação ignorada; e que tenha havido uma decisão de não conhecer. De forma sintetizada, nas palavras de Ragués i Vallès:

*“Estos cuatro requisitos permiten definir cualquier situación de ignorancia deliberada: así, se encuentra en tal situación todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia con respecto a ellas”*³⁶⁸.

De acordo com Ragués i Vallès, não haveria impedimento legal para que ordenamentos jurídicos como Espanha e Argentina, que não possuem uma conceituação expressa de dolo, dilatasse a imputação subjetiva, a fim de incluir a cegueira deliberada³⁶⁹.

³⁶⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 134-135.

³⁶⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 158.

³⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 33. Contudo, expõe o autor que, mesmo na doutrina norteamericana, não há um consenso sobre a aplicação da *willful blindness*. E que uma proposta para sua admissão, feita pela Professora Ira P. Robbins seria considera-la, não na figura do *knowingly*, que equivaleria ao dolo, mas sim na figura da *recklessness*, em que não se exige um conhecimento certo, mas apenas a representação de uma probabilidade ou de um risco. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, cit., p. 83.

A teoria da cegueira deliberada, contudo, conta com diversas objeções para sua aceitação³⁷⁰. Uma delas reside no impedimento legal. Conforme destaca Luís Greco, tanto na legislação espanhola quanto na argentina, o dolo não foi conceituado expressamente, porém, contém a lei contém dispositivo que trata do erro de tipo, que determina que o desconhecimento de elementos do tipo exclui o dolo. Isso implica que o dolo exige, ao menos, conhecimento. Entender de forma contrária significa fazer uma analogia contra o réu, em violação ao princípio *nullum crimen sine lege*³⁷¹.

Para Feijoo Sánchez, admitir a teoria da ignorância deliberada permitirá que não haja necessidade de se produzir prova da responsabilidade subjetiva do agente, acarretando em inegável violação da presunção de inocência:

*“La imputación se basa en una valoración sin soporte fáctico real que da lugar a una inversión de la carga de la prueba: el que es responsable de su desconocimiento responde dolosamente a no ser que pruebe que no fue por falta de interés. Las acusaciones dejan de tener que asumir la carga probatoria de indicios en la medida en la que se abren las compuertas a la posibilidad de condenar por dolo si no hay contraindicios. Si se me permite el sarcasmo, se trata de una institución que permite la condena por dolo sin tener que probar el dolo”*³⁷².

A admissão da cegueira deliberada equiparada ao dolo eventual pelo Tribunal Supremo Espanhol tem sido alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina. Entende Feijoo Sánchez que essa assimilação é uma solução contrária ao princípio da legalidade e dogmaticamente insatisfatória:

“En definitiva, el recurso a la ‘ignorancia deliberada’ de acuerdo con la cual el error se trata como dolo cuando ‘no se sabe porque no se quiere saber’ es una solución contraria al principio de legalidad (si estos supuestos se quieren tratar como error debe reformarse el art. 14 CP) y dogmáticamente insatisfactoria en la

³⁷⁰ PUPPO, Alberto. Comentario a “Mejor no saber: sobre la doctrina...”, de Ramon Ragués i Vallès. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 39-66; GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 67-77; MANRIQUE, María Laura. ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 70-100; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDirect**, n. 3, 2015.

³⁷¹ GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramon Ragués, cit., p. 76.

³⁷² FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Mejor no saber...más. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 112.

medida en la que puede dar lugar a soluciones versaristas (el que sabe que lo que está haciendo no es correcto del todo, puede acabar respondiendo de todo lo que suceda, incluso aunque fuera difícilmente previsible)”³⁷³.

Quando se aplica uma teoria sem embasamento legal e doutrinário, o grande risco é de incorrer em graves equívocos, como parece estar ocorrendo nos julgamentos pelos tribunais pátrios. Os poucos doutrinadores que se dedicaram ao tema, como visto acima, não ousaram defender a cegueira deliberada sem uma detida e profunda análise de sua origem, sua conceituação, sua compatibilidade com o sistema vigente nos respectivos países, e eventual necessidade de adaptação.

³⁷³ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. **Indirect**. Barcelona, 2009, p. 57.

CAPÍTULO 3 – O DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Feita uma análise sobre as antigas e as novas teorias sobre o dolo e a culpa em ordenamentos e doutrinas estrangeiros, o presente capítulo será exposta a evolução jurídico-penal do dolo no Direito Penal Brasileiro, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até se chegar à reforma da Parte Geral do Código Penal, no ano de 1984. Será tratado, também, o Projeto de Código Penal – PSL 236/2012.

Na sequência, será exposta a posição adotada sobre qual o conceito sobre o dolo que se entende ser o mais adequado, bem como será analisada sua admissibilidade pelo ordenamento jurídico nacional.

3.1 Evolução do tratamento jurídico-penal do dolo no Brasil

O presente item conterà uma exposição do dolo no Direito Penal Brasileiro, desde Código Criminal do Império, de 1830, passando pelo Código Penal da República, de 1890, pelo Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, de 1913, e pelo Projeto de Código Penal de Virgílio Sá Pereira, de 1928, até se chegar ao Código Penal de 1940, com a com a reforma da Parte Geral sofrida em 1984. Por fim, também será analisado o Projeto de Código Penal – PLS 236/2012, no que diz respeito ao dolo.

3.1.1 Dos antecedentes legais do Código Penal de 1940

O Código Criminal do Império, de 1830, continha uma disposição geral sobre culpabilidade na qual somente previa a punição a título doloso. O artigo 3º estabelecia que “*Não haverá criminoso ou delinquente sem má fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de o praticar*”. Os elementos do dolo eram, portanto, “o conhecimento do mal”, bem como “a intenção de o praticar”³⁷⁴.

Tobias Barreto afirmava que:

³⁷⁴ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**. 2ª ed. Paris, J. P. Aillaud Guillard e C., 1872, p. 110. Para Tomaz Alvez Júnior, era necessário “*conhecer o que faz e ter vontade de o fazer*” ALVES JÚNIOR, Thomaz. **Anotações Theoricas e Practicas ao Codigo Criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e C., Tomo I, 1864, p. 153-154.

“O dolo de que fala a doutrina e a má-fé exigida como condição psicológica da delinquência pelo art. 3º, do nosso Código, são uma e mesma coisa. No sentido do direito penal entende-se por dolo a direção voluntária para a prática de um ato ilegal, com a consciência dessa ilegalidade, a que correspondem perfeitamente o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo, de que trata o citado artigo”³⁷⁵.

E, sobre o *dolus eventualis* dizia que, *“como indica mesmo a palavra eventus, refere-se a alguma coisa de extraordinário que foi além dos cálculos do delinquente”³⁷⁶.*

Na fórmula geral não havia a previsão de punição de crimes na modalidade culposa.

Isso, contudo, não significou negar a possibilidade de punição a título culposos. A partir da interpretação do elemento “intenção de praticar”, exigido para a má fé, a doutrina, conjugando a previsão do artigo 3º com o artigo 18, § 1º, que tratava da circunstância atenuante consistente em *“não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e direta intenção de o praticar”*, admitia a modalidade culposa³⁷⁷.

Braz Florentino Henriques de Souza, partindo da premissa de que a intenção, em geral, *“é a tendência ou direção da vontade para um certo fim que ela tem em vista”*, afirma que, no direito penal, a intenção *“é o fato de dirigir ou encaminhar a ação ou omissão para a produção do resultado prejudicial que constitui o delito”³⁷⁸.* Mas,

³⁷⁵ BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal. In **Estudos de direito II**. Rio de Janeiro, Ed. Diário Oficial, 2012, p. 141. E, especificamente sobre o conceito de intenção, dizia que: *“A intenção é a vontade dirigida para um resultado da ação, esperado pelo agente; (...) é ao mesmo tempo uma direção da vontade a um fim, a um alvo que se tem em vista, e a consciência da realizabilidade desse fim, pelo próprio esforço do sujeito agente”* *Ibem, ibidem*, p. 140-141.

³⁷⁶ BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal, cit., p. 141.

³⁷⁷ Foi somente com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que passou a haver expressa previsão de modalidade culposa, relativamente ao homicídio e ao ferimento: *“Art. 19. Aquelle que por impericia, imprudencia ou falta de observancia de algum regulamento commetter ou fôr causa de um homicidio involuntario, será punido com prisão de um mez a dous annos e multa correspondente. Quando do facto resultarem sómente ferimentos ou offensas physicas, a pena terá de cinco dias a seis mezes”*. Para Tobias Barreto *“Foi sem dúvida um melhoramento, mas incompleto. ... o infanticídio, o aborto, o dano pelo incêndio ou inundação e outros delitos que podem ser cometidos por imprudência ou imperícia continuam a ser considerados dolosos, o que é uma iniquidade, ou a passar despercebidos e impunes, o que não é menos injusto”* BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal, cit., p. 143.

³⁷⁸ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**, cit., p. 129.

segue o penalista pernambucano afirmando que a vontade pode ser direta ou indireta e o conhecimento perfeito ou imperfeito³⁷⁹. E, diante disso, conclui:

*“Da distinção entre o voluntário perfeito e imperfeito e o voluntário direto e indireto resulta ainda a distinção entre o dolo e a culpa, entre o delito verdadeiro e o quase delito. (...) O dolo supõe no delinquente pleno conhecimento do mal e a direta intenção de o praticar: Dolus cum adest laedendi animus vel propositum; a culpa supõe um conhecimento menos pleno e uma intenção indireta: Culpa, factum inconsultum quo alteri nocetur”*³⁸⁰.

O Código Penal da República, de 1890, não trazia uma definição de dolo ou culpa. O artigo 24 dispunha que: *“As ações ou omissões contrárias à lei penal que não forem cometidas com intenção criminosa, ou não resultarem de negligência, imprudência ou imperícia, não serão passíveis de pena”*.

A doutrina considerava que os elementos do delito intencional, isto é, do *delictum dolosum*, eram conhecimento e vontade³⁸¹. Por exemplo, Gaudino Siqueira explicava que:

“de um lado, como regra, a ação ou omissão cometida com intenção criminosa, isto é, com conhecimento do mal e vontade de o praticar, o ou dolo, segundo a doutrina dominante, e de outro lado, como exceção, a ação ou omissão cometida sem previsão de seus efeitos nocivos, ou a culpa, sensu strictu, que o texto distingue nas formas da negligência, imprudência ou imperícia. A culpabilidade pressupõe, assim, necessariamente o conhecimento ou, pelo menos, a possibilidade do conhecimento da importância da ação sob o ponto de

³⁷⁹ Afirmava: *“como a vontade ou pode dirigir-se diretamente e sem intermediários ao fato criminoso proibido pela lei, ou ainda a um fato, que não sendo proibido, é todavia de natureza tal que bem se podia prever nele o perigo da existência de outro fato criminoso, daí vem a distinção entre o voluntário direto e o voluntário indireto, ou segundo a terminologia de L. Zuppeta, entre o fato livre doloso e o fato livre culposo, distinção que também podemos dizer aceita pelo nosso Código, quando exigindo a intenção de praticar o mal como um dos elementos da má fé, declara no § 1º do art. 18, que é uma circunstância atenuante – o não ter havido no delinquente direta intenção de praticar o mal; o que sem dúvida importa o mesmo que declarar como suficiente para a existência da má fé, e conseqüentemente do delito, uma intenção indireta. Entretanto, com a vontade em todas as suas direções tem o entendimento por guia, podendo-se assegurar que o querer é proporcionado ao conhecer, daí resulta que de ordinário se confundem o voluntário perfeito como o voluntário direto, e o voluntário imperfeito, com o voluntário indireto”* SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**, cit., p. 130-131.

³⁸⁰ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**, cit., p. 131.

³⁸¹ FARIA, Antonio Bento de. **Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brazil**. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904, p. 64.

*vista causal, dos efeitos que dela se seguem. Assim, para se considerado culpado, o agente deve ter seu previsto e querido, ou se não previu, podia e devia prever que do seu ato seguir-se-ia o evento delituosos*³⁸².

Especificamente quanto ao dolo, Paulo Domingues Vianna o definia como “*a intenção mais ou menos perfeita de lesar um bem alheio protegido ou tutelado pela lei penal. Logo, dolo criminal e intenção criminosa são expressões sinônimas*”³⁸³.

Havia a previsão de delitos culposos apenas na parte especial, e em relação a alguns delitos³⁸⁴, como no caso do homicídio³⁸⁵ e da lesão corporal³⁸⁶.

O tema do dolo eventual era pouco explorado, excetuando-se o sempre erudito e profundo posicionamento de Costa e Silva que, após destacar a falta de preocupação terminológica do legislador³⁸⁷, explica que:

“dá-se o dolo eventual, quando o agente pratica o ato, tendo em mente certo efeito, mas sabe que, concomitantemente com este ou em vez deste, outro pode surgir, e o aprova. Se o agente acredita poder evitar ou afastar esse novo efeito, se espera que ele não se

³⁸² SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1921, p. 291.

³⁸³ VIANNA, Paulo Domingues. **Direito Criminal**. Segundo as preleções Professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia Ed., 1936, p. 62.

³⁸⁴ Quanto à culpa, Bento de Faria afirmava que poderia ser “sem previdência” ou “com previdência”. Assim definidas: “*A culpa sem previdência existe, quando o agente não previu o fato que resultou de sua ação, quando ele podia e devia prever (...) a culpa com previdência quando o agente previu como possível, mesmo como mais ou menos provável, o resultado funesto que podia talvez produzir indiretamente sua ação, mas sem tê-la querido, mesmo eventualmente*” FARIA, Antonio Bento de. **Anotações Theorico-Praticas ao Código Penal do Brasil**, cit., p. 448-449.

³⁸⁵ “*Art. 297. Aquele que, por imprudência, negligência ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar cometer ou for causa involuntária, direta ou indiretamente, de um homicídio, será punido com prisão celular por dois meses a dois anos*”.

³⁸⁶ “*Art. 306. Aquele que por imprudência, negligência ou imperícia, na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar cometer ou for causa involuntária, direta ou indiretamente, de alguma lesão corporal, será punido com prisão celular por 15 dias a seis meses*”.

³⁸⁷ Sobre a falta de preocupação terminológica do legislador, Costa e Silva: “*O dolo é caracterizado no artigo que nos ocupamos, como intenção criminosa. Assim o conceituaram muitos criminalistas; mas a palavra ‘intenção’, significando a direção da vontade a um determinado resultado, como fim da ação, é demasiadamente estreita para traduzir a ideia que o legislador teve em mente. Como as legislações criminais em geral, a nossa revela o maior descaso em matéria de técnica legislativa. O mesmo conceito é expresso por termos diferentes. Isto se verifica com o do dolo. Para significá-lo usa o legislador pátrio de: maliciosamente (artigo 189), cientemente (artigo 209, 2; 253), com conhecimento de causa (artigo 299), voluntariamente (artigos 219, § 2º; 301, par. um.), dolosamente (artigos 209, 4º; 219, 3º; 241; 264), com vontade criminosa (artigo 160, § 3º), etc. A fixidez e a simplicidade são predicados que recomendam a linguagem jurídica. A variedade das expressões, no texto das leis, só pode causar perturbações e dúvidas*” COSTA E SILVA, Antonio José. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, v. I, 1930, p. 138-139.

*realize, não haverá dolo. Existirá quando muito culpa (sensu stricto)*³⁸⁸.

Especificamente em relação ao dolo eventual, é de se mencionar o entendimento de Domingues Vianna:

*“No dolo indireto ou eventual as consequências do ato externo lesivas do direito alheio, são previstas e queridas indireta ou eventualmente pelo agente. O exemplo clássico neste caso é o da mulher que tem em seus braços uma criança. A. quer matar a mulher e prevê a eventualidade da morte da criança, se matar a mulher que a tem nos braços. A despeito disso, A. atira sobre a mulher e mata a mulher e a criança. Houve previsão da morte da criança por parte do agente, que a quis indireta ou eventualmente, atirando sobre a mulher para mata-la, ainda que matasse também a criança. Na hipótese figurada, houve evidente dolo direto determinado em relação à mulher e dolo indireto ou eventual em relação à criança”*³⁸⁹.

O Projeto de Código Penal de Galdino Siqueira, de 1913, não trazia regra expressa sobre o elemento subjetivo, limitando a tratar da imputabilidade e das causas que a excluem, no artigo 11: *“Será punível todo aquele que cometer crime cientemente, e nos casos especificados, quando não tendo previsto o resultado de sua ação, podia e devia prevê-lo, ou não o evitou por falta de precaução”*³⁹⁰.

Mais detalhada era a disciplina do Projeto de Código Penal de Virgílio Sá Pereira, de 1928, que previa a punição por crimes “por vontade ou negligência”³⁹¹. O dolo era definido no artigo 35, nos seguintes termos: *“Dir-se-á ter procedido com dolo aquele que quis produzir a lesão ou o perigo resultantes do ato, ou não se deteve ante a previsão das consequências necessárias ou prováveis do mesmo”*. Por outro lado, o artigo 36 dispunha que *“Dir-se-á ter procedido com negligência aquele que, por*

³⁸⁸ COSTA E SILVA, Antonio José. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, cit., p. 142. O autor, explicava, ainda, que *“a ideia do dolo eventual é geralmente admitida na Alemanha, Holanda, Áustria, Noruega, Rússia e na Suíça. Se nos países de raça latina ela não tem sido convenientemente estudada e aplicada, a razão está na pouca atenção que se tem prestado à noção de dolo e na pernicioso influencia do chamado dolo indireto”* idem, ibidem, p. 142.

³⁸⁹ VIANNA, Paulo Domingues. **Direito Criminal**, cit., p. 62-63.

³⁹⁰ E, ao tratar do erro ou ignorância, o artigo 12 previa: *“Se o agente de uma ação punível ignorava, no momento em que a cometeu, alguma das circunstâncias contempladas na definição legal do crime, ou que agravavam as penas, o crime ou essas circunstâncias agravante não lhe serão imputados”*.

³⁹¹ Previa o artigo 34: *“As penas cominadas neste Código estará sujeito quem lhe infringir as disposições por vontade ou negligencia. O dolo será punido sempre que a lei não dispuser o contrario, mas a culpa somente nos casos expressos”*.

imprevidência culpável, não cogitou das consequências possíveis do ato, ou delas não fez caso”³⁹².

3.1.2 O dolo no Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, em seu artigo 15, *caput*, inciso I, definiu o que seria o conteúdo do dolo, nos seguintes termos: “*I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*”. A reforma da Parte Geral do Código de Penal, de 1984, manteve inalterada a redação do *caput*, apenas renumerando o dispositivo para o artigo 18.

A definição que a lei penal brasileira dá ao dolo, portanto, é a mesma desde a sua elaboração, em 1940. O legislador estabeleceu, no artigo 18, inciso I, duas espécies de dolo: o dolo do agente que *quis* o resultado e o dolo do agente que *assumiu o risco* de produzir o resultado.

A rigidez do dispositivo fizera com que a doutrina se manifestasse no sentido de que teria sido adotada a teoria da vontade. Ressaltando a imprescindibilidade do elemento volitivo, José Frederico Marques:

“A conjugação do momento intelectual ao volitivo é imprescindível. Como disse Maggiore, ‘a previsão sem vontade é vazia, e a vontade sem previsão é cega: o direito não pode prescindir nem de uma nem de outra’. Superada se acha, por isso mesmo, na atualidade, o antigo litígio entre os que concebiam o dolo como pura representação, e os que só o admitiam como vontade. E isto porque o querer interno não se movimenta sem a representação intelectual da conduta ou resultado que visa”³⁹³.

O entendimento da doutrina, à época, consolidou-se de forma a admitir um temperamento entre a teoria da vontade e a teoria do consentimento. Nesse sentido, Magalhães Noronha:

³⁹² E, completando tal dispositivo, o artigo 37 dispunha: “*A imprevidência é culpável, quando se desprezam as precauções naturalmente indicadas pelas circunstâncias, ou as que alguma situação pessoal especialmente impunha*”.

³⁹³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, Tomo II, 1965, p. 196.

“Para o Código, o dolo não é apenas a representação, vontade e consciência da ilicitude do resultado. É também anuência a este. Ele não olvida a teoria do consentimento. Age dolosamente não apenas o que quer livre e conscientemente um resultado, mas também quem, embora não o querendo de modo principal, aceita-o ou a ele anui. Na primeira hipótese, diz-se direto o dolo; na segunda, eventual”³⁹⁴.

Em suma, sob a vigência da redação originária do Código Penal de 1940, pouco ou nada se questionou sobre o conceito de dolo, considerando-se o dolo como conhecimento e vontade e adotando-se, aparentemente, na doutrina, a teoria do consentimento, com o dolo subdividido em dolo direto e dolo eventual.

Do ponto de vista de sua inserção na teoria do delito, o dolo era, de modo praticamente unânime, considerado como sendo um elemento psicológico da culpabilidade.

³⁹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães Noronha. **Direito Penal**. v. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 134-135. No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso, depois de afirmar que *“dolo é consciência e vontade na realização da conduta típica. Compreende um elemento cognitivo (conhecimento do fato que constitui a ação típica) e um elemento volitivo (vontade de realizá-la)”*, no que diz respeito ao dolo eventual, considera que *“a rigor a expressão ‘assumir o risco’ é imprecisa, para distinguir o dolo eventual da culpa consciente e deve ser interpretada em consonância com a teoria do consentimento”* FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 174-175. Cite-se, ainda, Aníbal Bruno, para quem: *“a teoria que hoje predomina é a da vontade, exprimindo-se, aliás, na fórmula complexa – vontade e representação, o dolo representado e caracterizado pela vontade com previsão, recaindo embora o acento sobre a vontade. É a vontade informada pela previsão do ato e do resultado. A isso se junta, como complemento, a teoria do consentimento, que melhor chamaremos de teoria da anuência, esta concluindo por dolo também quando o agente não quer propriamente o resultado, mas prevê e aceita que ele ocorra como consequência possível ou provável do seu ato”* BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 63. Também nessa linha, Basileu Garcia anotava que, *“no consenso dos escritores contemporâneos e das legislações prevaleceu a teoria da vontade. Perfilhou-a o Código brasileiro, como o italiano”* GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Tomo I, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 249. Ainda no mesmo sentido, de se transcrever as lições de Nelson Hungria: *“Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção de dolo, não se ateu à chamada teoria da representação (para a existência do dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo ou provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente no advento desde ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade”* HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I, Tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 114.

3.1.3 O dolo na Reforma da Parte Geral de 1984

No que diz respeito ao tratamento do dolo e da culpa³⁹⁵, conceitualmente, não houve qualquer alteração com a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

Por outro lado, a grande mudança que se pode destacar diz respeito ao deslocamento do dolo, da culpabilidade, para a tipo de injusto. A Lei 7.209/84, na disciplina do erro de tipo (artigo 20) deixa clara que o dolo se localiza no injusto penal e, mais especificamente, no tipo e não na culpabilidade³⁹⁶. Não se tratou de mera substituição terminológica, da velha dicotomia “erro de fato” e “erro de direito”, apenas por expressões mais modernas e que lhes seriam equivalentes: “erro de tipo e erro de proibição”³⁹⁷. Se o erro de tipo é um fenômeno que implica a ausência de dolo nos casos em que, mesmo estando presente a tipicidade objetiva, falta ou é falho o conhecimento sobre os elementos do tipo, é indisputável que o dolo se situa no tipo penal, no caso, no tipo subjetivo. Se há tipicidade objetiva e falta tipicidade subjetiva, está excluído o dolo.

Voltando à questão do conteúdo do dolo, mesmo após a reforma de 1984, tendo em vista que o conteúdo do dolo não foi alterado, permaneceu, na doutrina, o entendimento de que o Código adotou o misto das teorias da vontade e do consentimento³⁹⁸.

³⁹⁵ Numa sequência cronológica da evolução da legislação penal brasileira, cabe mencionar que o Código Penal de 1969 – Decreto Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 –, que nunca chegou a vigorar, tendo sido revogado em sua *vacatio legis*, não apresentou qualquer mudança quanto à disciplina do dolo. Ainda fiel à teoria causal da ação, ao tratar da culpabilidade, em seu artigo 17, *caput*, inciso I, assim definia o dolo: “Art. 17. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

³⁹⁶ Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, cit., p. 154; PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. Parte geral. Teoria Jurídica do Delito. v. 2. São Paulo: RT, 2014, p. 99, nota 86.

³⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 130.

³⁹⁸ Nessa esteira, Bitencourt entende que o Código Penal adotou a teoria da vontade em relação ao dolo direto e a teoria do consentimento em relação ao dolo eventual. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 317. De forma diversa, Sérgio Salomão Shecaira entende que, neste ponto, o Código Penal adotou a teoria da probabilidade: “*Nossa lei, ao dizer ‘assume o risco de produzir o resultado’, vinculando ao dolo eventual, parece adotar a teoria de probabilidade. Mas isso sempre dependerá de uma vontade, que é ínsita a todas as modalidades de dolo, o que causará equivocidade em nosso cotidiano*” SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 64, 2007, p. 4.

Conforme destaca Renato Silveira, a escolha do legislador em definir o dolo teve sua maior influência no direito italiano³⁹⁹, que conceitua, expressamente, o dolo quando o resultado é previsível e querido pelo agente⁴⁰⁰. E nessa linha, a doutrina nacional seguiu defendendo que para o dolo é necessária consciência e a vontade, tanto em relação ao dolo direto quanto ao dolo eventual, como se verifica na seguinte passagem de Bitencourt:

*“A consciência e a vontade, que representam a essência do dolo direto, como seus elementos constitutivos, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentaram os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa (...). Com todas as expressões – aceita, anui, assume, admite o risco ou o resultado – pretende-se descrever um complexo processo psicológico em que se misturam elementos intelectivos e volitivos, conscientes e inconscientes, impossíveis de ser reduzidos a um conceito unitário de dolo”*⁴⁰¹.

É exatamente nesse sentido que se posiciona Luiz Regis Prado, identificando, além da consciência, a vontade tanto no dolo direto quanto no dolo eventual:

“Dolo eventual (dolus eventualis): significa que o autor considera seriamente como possível a realização do tipo legal e se conforma com ela. O agente não quer diretamente a realização do tipo, mas aceita como possível ou provável – ‘assume o risco da produção do resultado’ (art. 18, I, in fine, CP). O agente conhece a probabilidade de que sua ação realize o tipo e ainda assim age. Vale dizer: o agente consente ou se conforma, se resigna ou simplesmente

³⁹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana, cit., p. 226.

⁴⁰⁰ “Sia in dottrina che nella giurisprudenza più recente è pacifica l’importanza che assume, quale elemento differenziatore delle diverse forme di dolo, la ‘direzione’ della volontà” TASSI, Sauro. **Il dolo**. Milani: CEDAM, 1992, p. 5.

⁴⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, cit., p. 321. No mesmo sentido, Alberto Silva Franco: “a leitura dessas definições permite desde logo identificar, no contexto do conceito de dolo, dois requisitos fundamentais: o conhecimento e a vontade, ou seja, o momento intelectualivo e o momento volitivo” FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação**. Doutrina e Jurisprudência. Coord. Alberto Silva Franco; Rui Stoco. 8ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 168.

*assume a realização do tipo penal. Diferentemente do dolo direto, no dolo eventual 'não concorre a certeza de realização do tipo, nem este último constitui o fim perseguido pelo autor'. A vontade também se faz presente, ainda que de forma mais atenuada*⁴⁰².

Zaffaroni, Nilo Batista, Alagia e Slokar também partem da letra da lei, mas procuram interpretar o termo “assumir” como sendo uma acepção forte de arcar, avocar, apropriar-se, imputar-se: “*assumir o risco de produzir o resultado típico significa aceitar seriamente que ele ocorra, como efeito da indissociabilidade entre os meios escolhidos e empregados pelo agente e o fim ao qual não renunciará*”⁴⁰³.

Nesse ponto, Luís Greco faz uma provocação no sentido que pouco se evoluiu do conceito de dolo desde Nelson Hungria, pois, os doutrinadores passaram a repetir que o Código Penal adotou a teoria do consentimento, sem que tenham sido dedicadas maiores discussões sobre o tema, sem que se questionasse tal conclusão, sem que se realizassem diferentes interpretações⁴⁰⁴. Certamente, parte da causa dessa aceitação é o fato de o Código Penal definir o que se entende por dolo. Porém, não é porque há tal definição legal que o conceito não possa ser objeto de ponderações e críticas. Até mesmo porque, como já dizia Chaves Camargo, o Direito deve adequar-se à realidade social, ainda que para isso deva ser postulada a modificação de dispositivo legal ultrapassado⁴⁰⁵.

Após analisar as principais discussões na doutrina alemã acerca do conceito de dolo e da distinção entre dolo eventual e culpa consciente⁴⁰⁶, Juarez Cirino dos Santos critica a existência de uma definição legal do conceito de dolo, pelo ordenamento jurídico nacional:

⁴⁰² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**, cit., v. 2, p. 393-394.

⁴⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. v. 2. Tomo I, Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 276-277.

⁴⁰⁴ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. X-XI.

⁴⁰⁵ Nas palavras do autor: “*O Direito, sempre, necessitou de um impulse para adequar-se à realidade social. A lei, na sua vigência, está exposta às mudanças sociais, cabendo ao intérprete realizar a adequação, sugerindo, quando possível, através da jurisprudência, a modificação do dispositivo legal já ultrapassado, como forma de garantir a paz social*” CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Tipo penal e linguagem**, cit., p. 1.

⁴⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. Florianópolis: Conceito, 2012, p.128-140.

*“A lei penal brasileira define duas espécies de dolo: dolo direto e dolo eventual (art. 18, I, CP). A definição legal de categorias científicas é inconveniente, pelo risco de fixar conceitos em definições defeituosas ou superadas, como é o caso da lei penal brasileira: nem o dolo direto é definível pela expressão querer o resultado, porque existem resultados que o agente não quer, ou mesmo lamenta, atribuíveis como dolo direto; nem a fórmula de assumir o risco de produzir o resultado parece adequada para definir o dolo eventual”*⁴⁰⁷.

Como se verifica, nem todos doutrinadores brasileiros aceitam a definição de dolo e, principalmente, de dolo eventual constante da lei penal. René Ariel Dotti defende, expressamente, a imprescindibilidade do elemento volitivo para o dolo eventual, mas para além da assunção do risco prescrita na letra da lei, sob pena de *“interpretações desastrosas que motivam a condenação por dolo eventual quando o que se tem, na verdade, é imprudência consciente”*⁴⁰⁸. Contudo, propõe uma definição do dolo nos seguintes termos: *“Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco consentindo em produzi-lo”*.⁴⁰⁹ E mais, propõe uma redução na pena de um sexto a um terço quando o fato foi praticado com dolo eventual⁴¹⁰.

Chaves Camargo, em sua obra sobre imputação objetiva, analisa as principais correntes estrangeiras sobre o dolo, não se limitando aos termos da lei brasileira. De acordo com seu entendimento, o crime doloso é punido mais rigorosamente porque o agente *“dicionou sua intenção a um resultado conhecido, contido no tipo penal como reprovado pelo ordenamento jurídico, que contraria um valor vigente naquele*

⁴⁰⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 128.

⁴⁰⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 419.

⁴⁰⁹ Essa proposta de definição do dolo foi proposta por Dotti para o anteprojeto de Código Penal, na oportunidade em que foi membro e relator da Subcomissão da Parte Geral do Senado Federal. DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, cit., p. 420.

⁴¹⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, cit., p. 420. Conforme se verifica da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, o legislador não dispensou tratamento diferente para as duas modalidades de dolo: *“13. (...) Segundo o preceito do artigo 15, nº I, o dolo (que é a mais grave forma de culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (effectus sceleris), como quando assume o risco de produzi-lo. O dolo eventual é, assim, plenamente, equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um eventual vale tanto quanto querê-lo, ainda que, sem interesse nele, o agente o ratifica ex ante presta anuência ao seu advento”*. Contudo, na doutrina, defende-se ser possível ao aplicador do direito valorar de forma diferente, no momento de realizar a dosimetria da pena, se a conduta foi praticada com dolo direto ou dolo eventual. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, cit., p. 314.

momento”⁴¹¹. Considera que “o dolo direto é uma decisão intencional do agente no sentido de contrariar valores vigentes, em dissenso com a vontade da vítima, e é apurável através da imputação objetiva”⁴¹², enquanto que o dolo eventual:

“se caracteriza pela ação comunicativa que demonstra um dissenso, ainda não claro ou direcionado para um tipo penal. O agente reconhece o dissenso, quando exterioriza sua ação, e aguarda um provável dano ao bem jurídico, e, via de consequência, ao valor contido na norma. Não se pode falar em indiferença quanto ao resultado, ou probabilidade de ocorrência, é mais que isto. Há elementos que, neste agir comunicativo, permitem deduzir que o agente não se motiva, de forma total, pela norma que protege os valores, e, ocorrendo o resultado, este é produto deste dissenso, determinando o dolo eventual”⁴¹³.

Considera, ainda, Chaves Camargo que, no dolo eventual, embora visível o dissenso, o agente tem esperança de que sua inobservância não causará o dano.⁴¹⁴ Através dessa passagem, fica evidente que ele trabalha com um elemento volitivo no dolo, que o distinguirá da culpa consciente.

Juarez Tavares, também se afastando da definição do dolo constante do Código Penal, considera ser evidente que “a simples menção de ‘assumir o risco’ não determina as fronteiras entre o dolo eventual e a culpa consciente”⁴¹⁵ e, de forma minuciosa, detalha as teorias que procuraram melhor definir o dolo e distingui-lo da culpa consciente. Exige para a configuração do dolo eventual, além da possibilidade de produção das consequências de seu plano, que o autor se conforme com ela⁴¹⁶.

Alamiro Velludo parece adotar a teoria defendida por Roxin, em que, no dolo direto há uma expressão da vontade, em sentido psicológico; no dolo direito de

⁴¹¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2002, p. 166.

⁴¹² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, cit., 167.

⁴¹³ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, cit., 175.

⁴¹⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**, cit., 176.

⁴¹⁵ TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 14, n. 0, 1971, p. 115.

⁴¹⁶ TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo, cit., p. 115-116; TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980, p. 66.

segundo grau há um elemento volitivo relacionado às consequências necessárias; e o dolo eventual possui caráter atributivo-normativo⁴¹⁷.

Por fim, há também quem defenda, na doutrina nacional, mais explicitamente, um afastamento de conceitos psicológicos no dolo, adotando uma concepção normativista. Fábio Guedes analisa as atuais teorias sobre o dolo e a culpa no direito estrangeiro⁴¹⁸, e propõe uma reconstrução do dolo na teoria do delito, em que o dolo e a culpa se configuram como conceitos normativos, devendo ser determinados pela dogmática e pela jurisprudência, mediante interpretação do Direito positivo. Nessa esteira, o conhecimento do sujeito assume um papel central, e reside no perigo de produção do resultado lesivo⁴¹⁹.

Renato Silveira, em artigo no qual analisa o estado atual das controvérsias acadêmicas sobre o dolo e a culpa, destaca recente decisão da Corte de Cassação Italiana, que causou uma série de discussões acadêmicas, ao julgar, em grau de recurso, um caso ocorrido na fábrica do ThyssenKrupp, no qual morreram sete operários em decorrência de um incêndio, destaca a importância em se preocupar com as limitações do dolo eventual, tema que não tem devidamente enfrentado pela doutrina nacional⁴²⁰.

⁴¹⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Elementos subjetivos do tipo: teorias do dolo e da culpa. *In Direito Penal na Pós-Modernidade*. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 51-52. Em sentido contrário, registre-se o posicionamento de Paulo José da Costa Jr., que adotando enfaticamente a posição de que “*representação e vontade são elementos indispensáveis do dolo*”, afirma, mesmo em relação ao dolo eventual, que “*a vontade e não a representação constitui a essência do dolo eventual. A decisão de agir, mesmo com a possibilidade de realização do evento, é uma situação psicológica característica, impregnada de volição. Constitui de qualquer modo uma decisão da vontade diante do evento previsto como possível, ainda que indiferente ou até incômodo. Prever o evento e não se abster da conduta equivale a querer*” COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 171.

⁴¹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A tentativa no dolo eventual. *In Direito Penal na Pós-Modernidade*. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 171-196.

⁴¹⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A reconstrução do dolo na teoria do delito. *MPMG jurídico*, v. 2, n. 7, Belo Horizonte, 2006, p. 13.

⁴²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana, p. 13. Em 2011, a Corte d’Assise di Torino havia condenado os administradores da empresa, por dolo eventual, por entender que haviam assumido o risco da ocorrência de evento danoso: “*Risponde di omicidio, commesso con dolo eventuale, l’amministratore delegato (nella specie della ‘Thyssenkrupp’) che accettò volontariamente il rischio della verifica di eventi lesivi ai danni di operai come conseguenza della decisione di posticipare investimenti di risorse finalizzate al potenziamento della prevenzione anti-incendio in uno stabilimento in via di chiusura, ma tenuto ancora in attività nonostante lo stato di crescente abbandono e insicurezza, e ciò quale prezzo della preferenza accordata al soddisfacimento dell’interesse imprenditoriale rispetto alla salvaguardia della vita e dell’integrità dei lavoratori*” FIANDACA, Giovanni. Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo. Osservazioni in margine a Corte

O que se verifica sobre o conceito de dolo no direito pátrio é que, desde a entrada em vigor do Código Penal de 1940, e mesmo após a reforma da Parte Geral em 1984, a definição de dolo, tal como prevista na lei penal, contando com um misto de conhecimento e vontade, em sentido psicológico, não foi alvo de discussões e questionamentos, tendo-se aceitado a denominação fornecida pelo legislador.

Foi possível notar, entretanto, algumas vozes destoantes da doutrina nacional, que não se limitaram à letra da lei, procurando introduzir as discussões existentes em especial na Alemanha, como forma de melhor se compreender e definir o conceito de dolo. Ainda que essas vozes tenham procurado expor diferentes concepções sobre o dolo, não se verifica uma movimentação significativa na doutrina. Consequência disso é que, diante das dificuldades práticas causadas pelo conceito de dolo previsto no Código, a jurisprudência acaba não tendo uma forma coerente de verificar a presença do dolo, ficando a critério de cada juiz a interpretação do caso concreto, causando inegável insegurança jurídica.

Já era difícil a constatação do dolo eventual em crimes comuns como homicídio, lesão corporal. Nos crimes econômicos, como o crime de lavagem de dinheiro, o dolo acaba sendo atribuído em decorrência do cargo ocupado pelo agente dentro de uma estrutura organizacional, ou pelo mero descumprimento de deveres administrativos, sem qualquer ponderação sobre sua efetiva existência⁴²¹.

d'Assise di Tprino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, imp. Espenhahn e altri. **Diritto Penale Contemporaneo**, n. 1, 2012, p. 152. Posteriormente, em 2014, a Corte de Cassação Italiana decidiu pela absolvição dos administradores, por entender que era caso de culpa consciente, em decisão que procurou retomar os antigos conceitos da teoria volitiva, dando especial ênfase ao aspecto anímico do agente. A decisão da Corte de Cassação parece ter ido de encontro ao que Silveira já havia analisado, à luz de caso similar, ocorrido no Brasil, no ano de 2013, na Boate Kiss, em que 242 pessoas morreram em razão de um incêndio ocorrido durante uma festa. À época, os proprietários do estabelecimento haviam sido denunciados por homicídio, praticado com dolo eventual. Analisando de forma detalhada sobre possível responsabilidade penal dos proprietários da boate, tanto sob o prisma do dolo eventual, quanto sob o prisma da omissão imprópria: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas. In **Direito Penal na Pós-Modernidade**. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 421-451.

⁴²¹ Em uma decisão relativa ao crime de lavagem de dinheiro, equiparou-se a cegueira deliberada ao dolo eventual: “*pode-se inferir que a terceira ré tinha consciência de que estava a colaborar com algo ilegal, agindo, por isso, com dolo eventual, pois, apesar de potencialmente não desejar o resultado, assumiu o risco de alcançá-lo. No mínimo, trata-se de um caso de cegueira deliberada, em que o agente, embora saiba possível a prática de ilícitos no meio em que atue, procura criar mecanismos que o impeçam de tomar conhecimento dos fatos*” (TRF3, ACR 00403674720004030000, Rel. Nino Toldo, 11^a T., j. 04.08.2015). A dificuldade na constatação do dolo se verifica, também, nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. A título de exemplo, em um julgado, trata-se do dolo eventual no crime de gestão

3.1.4 O dolo no Projeto de Código Penal – PLS 236/2012

O Projeto de Código Penal, atualmente tramitando no Congresso Nacional, em sua redação originária (PLS 236/2012) trouxe novidades na definição do dolo.

O artigo 18, ao tratar do dolo, assim definiu seu conceito: “*Art. 18. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco consentido ou aceitando de modo indiferente o resultado*”. Além disso, o legislador estabeleceu uma causa de diminuição de pena, no caso de crime praticado mediante dolo eventual: “*Art. 20. O juiz, considerando as circunstâncias, poderá reduzir a pena até um sexto, quando o fato for praticado com dolo eventual*”.

Observa-se que o legislador manteve a distinção do dolo entre em dolo direto e dolo eventual, aparentemente adotando a teoria volitiva para o primeiro, e as teorias do consentimento e da indiferença para o segundo.

Em obra coletiva sobre referida Reforma do Código Penal, diversos autores se insurgiram contra tal definição do dolo. Uma primeira crítica refere-se ao objeto do querer do agente que, segundo o Projeto, é o querer realizar o tipo penal. Para Juarez Cirino dos Santos, “*objeto da vontade do agente não é o tipo penal, mas o resultado ou fato concreto descrito no tipo*”⁴²². De acordo com Juarez Tavares, houve uma falha de redação, pois o projeto quis significar “*que o dolo consiste na vontade de realizar o tipo objetivo ou os elementos objetivos do tipo*”⁴²³.

Mas a principal objeção à nova redação refere-se ao conceito de dolo eventual, no qual o agente deve assumir o risco consentido ou aceitar de modo indiferente o

temerária, invocando os termos do artigo 18, inciso I, do Código Penal: “*No crime de gestão temerária a conduta é caracterizada pelo dolo eventual, na medida em que o agente, tendo a previsão do resultado assume o risco realizando a conduta indiferente aos danos ao Sistema Financeiro*” (TRF3, ACR 01033888819944036181, Rel. Cecilia Mello, 2ª T., j. 26.06.2012), em outro julgado, também quanto ao crime de gestão temerária, o dolo eventual decorreu da violação de normas administrativas: “*O elemento subjetivo do delito restou comprovado, vez que não é crível que o réu, funcionário descrito pelas testemunhas como diligente e conhecedor das normas da CEF, tenha agido com mera negligência ou imperícia, restando caracterizada, ao menos, a existência de dolo eventual*” (TRF3, 00086782720044036181, Rel. Nino Toldo, 11ª T., j. 09.06.2015).

⁴²² SANTOS, Juarez Cirino dos. A Reforma Penal: Crítica da Disciplina legal do Crime. In **Reforma Penal**. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alaor Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015, p. 41

⁴²³ TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Geral. In **Reforma Penal**. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alaor Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015, p. 68.

resultado. De acordo com Juarez Cirino dos Santos, “*acrescentar as atitudes alternativas de consentir ou de aceitar de modo indiferente o resultado (no dolo eventual) parece pilhéria*”⁴²⁴, pois, tendo em vista que “*as atitudes psíquicas de aprovação e de indiferença são distintas, a definição do dolo como consentir ou aceitar de modo indiferente o resultado é contraditória ou, no mínimo, ambígua*”⁴²⁵.

Mais enfático ainda, quanto ao dolo eventual, Juarez Tavares repudia a aplicação da teoria da indiferença:

*“A aplicação pura e simples dessa teoria provoca uma subjetivação exagerada na definição do dolo. Todos nós admitimos que o dolo é um elemento subjetivo, mas subjetivar ainda mais o elemento subjetivo conduz a incertezas e a uma perspectiva completamente imaginária do que constitua o dolo”*⁴²⁶.

E complementa, dizendo que admitir, na definição de dolo eventual, uma alternância entre teoria do consentimento e teoria da indiferença, sem limitação, pode levar à fundamtnar como doloso um crime culposos⁴²⁷. Em razão disso, conclui que: “*a fórmula da assunção do risco é ainda a melhor para definir os contornos do dolo eventual, apesar de todos os percalços que gera a sua compreensão*”⁴²⁸.

A proposta de adoção da teoria da indiferença também foi duramente atacada por Luís Greco que, após asseverar que se trata de posição com pouquíssimos seguidores, porque não se compatibiliza com um direito penal do fato, assevera que:

“causa assombro que a Exposição de Motivos declare que a previsibilidade objetiva baste para o dolo eventual, máxime quando, em outro dispositivo, o Projeto declarou que ‘o erro sobre elementos constitutivo do tipo penal exclui o dolo’ (art. 27, caput), isto é, que só existe dolo com efetiva previsão de que o tipo penal pode ser realizado. Como pode uma Exposição de Motivos de um Projeto de Código Penal esquecer temporariamente o mais elementar sobre o conceito de dolo, a saber, que o dolo pressupõe conhecimento, o que é confirmado por outro dispositivo do mesmo Projeto? É impossível

⁴²⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Reforma Penal, cit., p. 41.

⁴²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Reforma Penal, cit., p. 41. E sugere, ainda, o autor, em relação ao dolo eventual, que a melhor definição de dolo eventual seria quem: “*consente na realização do fato típico representado como possível*” *Idem, ibidem*, p. 41.

⁴²⁶ TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal, cit., p. 68.

⁴²⁷ TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal, cit., p. 68.

⁴²⁸ TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal, cit., p. 69.

afastar a suspeita de que a opção pela teoria da indiferença foi fruto do acaso”⁴²⁹.

Mais recentemente, foi aprovada uma emenda, que passou a prever o dolo no artigo 16, *caput*, inciso I. Houve uma alteração redacional, tendo sido aprovado o significado de dolo nos seguintes termos: “16. Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu com indiferença o risco de produzi-lo”.

Com essa nova redação, fica superada a crítica formulada quanto ao dolo direto. No entanto, embora um a redação alterada do dolo eventual, parece que o legislador manteve a adoção das teorias do consentimento e da indiferença, embora não mais em caráter alternativo, mas de forma cumulativa. O agente deve assumir, com indiferença, o risco de produzir o resultado.

Nessa emenda ao Projeto de Código, foi suprimida a redução da pena para o dolo eventual. Mas, houve uma inclusão substancial no que se refere ao crime culposo. Passou a ser prevista uma modalidade de culpa gravíssima no parágrafo único no artigo 16: “*Há culpa gravíssima quando, na hipótese do inciso II, ficar demonstrado que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo, mas agiu com excepcional temeridade*”.

As consequências da aprovação dessa redação serão diversas. Se o Direito Penal, após séculos, não conseguiu aceitar uma definição uniforme de dolo, será ainda mais difícil trabalhar com uma definição para “excepcional temeridade”.

Diversas são as questões que surgem do Projeto de Código Penal, mas tendo em vista que não se tem, ainda, uma redação definitiva, as figuras do dolo e da culpa em tal Projeto não serão objeto de maiores ponderações no presente estudo.

3.2 Posição adotada

Impressiona a quantidade de penalistas de relevo que se dedicaram ao tema do elemento subjetivo do delito. São doutrinadores de grande conhecimento jurídico e filosófico, que com muita profundidade justificam suas posições, rejeitando outras. São discussões de um nível acadêmico excepcional. Mas, mesmo com esse brilhantismo,

⁴²⁹ GRECO, Luís. Princípios Fundamentais e Tipo no Novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal. In **Reforma Penal**. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alair Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015, p. 111.

não foi possível chegar a um denominador comum, a um conceito de dolo que satisfizesse a doutrina, recebendo uma acolhida geral. De todas as teorias analisadas, a que mais logrou resolver os problemas propostos foi a “teoria normativa da vontade” de Ingeborg Puppe, que, além de conseguir estabelecer um conceito realista de dolo, confere segurança jurídica, essencial no direito penal de um Estado Democrático de Direito.

A primeira questão que deve ser definida no estudo do dolo é sobre quais os seus elementos, o que se exige do agente para imputar-lhe uma conduta a título de dolo, se é suficiente o elemento cognitivo, o conhecimento, ou se será necessário também o elemento volitivo, a vontade. Respondida a questão em sentido negativo, pela desnecessidade do elemento volitivo, deve-se definir qual o conteúdo do elemento cognitivo. Por fim, uma terceira indagação refere-se a quais os critérios que deverão ser utilizados para identificar o elemento cognitivo.

Iniciando pela primeira questão, como visto, a doutrina majoritária defende que o dolo possui um componente cognitivo e um componente volitivo, respectivamente, conhecimento e vontade. Contudo, para se considerar uma conduta como sendo dolosa, o elemento volitivo do agente não é um critério essencial. Tanto que, mesmo as teorias de cunho volitivo, para distinguir o dolo eventual da culpa consciente, não fazem uso desse elemento intrínseco ao agente. Geralmente, se utilizam de expressões como “anuiu”, “consentiu”, o que significam que o agente não quis o resultado.

Para facilitar a visualização do que aqui se defende, analisemos um exemplo encontrado na doutrina, com poucas diferenças.

O agente “A” quer matar seu inimigo “B”. Para tanto, instala uma bomba em seu carro, com força para atingir, inclusive, quem se encontre num raio de alguns metros ao redor do carro. “A” sabe que “B” sempre é conduzido pelo seu motorista “C” e que ambos enfrentariam um engarrafamento. A bomba é acionada quando o carro está parado em um semáforo, falecendo “B”, “C” e um pedestre “D” que atravessa a via naquele momento. A intenção de “A” era matar “B”; “A” sabia que “C” morreria também; e sabia que havia probabilidade de matar ou lesionar, também, um pedestre ou outros motoristas que estivessem próximo ao carro.

Entende-se que, em relação às três vítimas, o agente deve ser responsabilizado criminalmente, por homicídio doloso. Foi relevante a intenção de “A” para configurar como dolosa a sua conduta em relação a todas as vítimas? Não. O agente quis matar

todas as suas vítimas? Não, apenas “B”. Se, perante o juiz, o agente confirmar a história, e disser que não quis matar “C”, fará alguma diferença? Não. Se ele disser que, embora soubesse que a bomba explodiria em via pública, esperava sinceramente, que a bomba não atingisse uma terceira pessoa, faria diferença? Não. E se ele dissesse que não anuiu com a morte desse terceiro? Seria igualmente indiferente.

O que há de comum em relação a todas as mortes, e que justifica uma penalidade a título de dolo, é que “A” tinha o conhecimento de que com sua ação ele mataria “B”, mataria “C”, provavelmente, mataria outras pessoas que estivessem perto, e ainda assim agiu. Se o agente quis, se ele desejou, se para ele era indiferente, se ele aceitou, se ele não queria, se ele repudiava, não importa. Quando alguém pratica um ato sendo consciente de que so seu agir e das consequências de tal ação pode ocorrer um resultado típico, passa a ser completamente indiferente a sua vontade.

Quando o juiz condena “A” pela morte de “D”, ele até poderá fundamentar sua decisão afirmando que “A”, com sua ação, assumiu o risco de matar “D”; ou que, ainda que não o desejasse, contou com essa probabilidade, aprovou-a, deu-lhe anuência. Contudo, verdadeiramente, o juiz não estará analisando a vontade do agente, a sua intenção, a sua aprovação, ou qualquer outro elemento psíquico. O juiz está atribuindo o agir doloso ao sujeito, porque considerou que, ao acionar uma bomba colocada em um carro, em via pública, ele estava consciente de que poderia causar a morte de quem estivesse próximo do local. E isso não é mais do que analisar um dado objetivo, cognitivo, o conhecimento. No caso, o conhecimento de um perigo intenso de que uma vítima morreria caso ele atuasse.

Respondendo a primeira questão, mostra-se, portanto, que o único elemento necessário para a configuração do dolo é o conhecimento. Somente ele é elemento comum e essencial em todas as espécies de dolo apontadas pela doutrina, bem como nas duas modalidades de dolo previstas na lei brasileira. Mas, além de o conhecimento ser suficiente para o dolo, a partir do momento em que se assume que o dolo não deve ser constatado no psíquico do agente, evita-se uma série de arbitrariedades no momento de identifica-lo. É de se imaginar que, muitas vezes, aspectos relacionados exclusivamente ao autor, e não ao fato, podem assumir um importante papel para a condenação do agente. Por exemplo, se o sujeito possui condenações anteriores, ou se provém de determinada classe social, o juiz poderá entender que, naquele caso, ele assumiu o risco de causar a morte da vítima, mas, se o sujeito é alguém de reputação ilibada, poderá

supor que, no fundo, ele não anuiu com a morte, absolvendo-o. Portanto, além de o conhecimento ser, de fato, o único elemento que se deva considerar para configurar o dolo, é inegável a segurança jurídica que isso acarreta⁴³⁰.

No que se refere à segunda questão colocada, partindo-se do entendimento que apenas o conhecimento é suficiente para o dolo, deve-se definir qual o conteúdo desse conhecimento.

Exige-se que o autor possua conhecimento de que, com sua conduta, está criando um risco de produzir determinado resultado. Ele deve representar que, com seu comportamento, há um perigo de realização do tipo ou, como denomina Puppe, um perigo doloso. Para ser considerado como um perigo doloso, a conduta deve ser reconhecida como um método idôneo para provocar o resultado, isto é, deve ser relativamente elevada a probabilidade de causar o resultado⁴³¹.

Ao exigir que o agente tenha conhecimento de que sua ação é um método idôneo de provocar o resultado, o relevante é que o agente conheça os fatores integrantes do risco de realiza-lo. Segundo Puppe, “*o autor deve conhecer tantos fatores integrantes do risco de realizar o tipo por ele criado quantos sejam necessários para qualificar esse risco como um risco doloso*”⁴³². Mesmo que o agente tivesse a possibilidade de atingir o resultado por meios melhores, ainda assim, se ele utilizou um método idôneo de provocação do resultado, haverá dolo.

Portanto, respondendo à segunda questão, para o dolo, exige-se do agente um conhecimento, qual seja, de que, com sua conduta, cria um risco elevado de provocar o resultado típico.

Por fim, passa-se à análise da terceira questão, de quais os critérios utilizados para considerar ter o agente atuado com dolo.

⁴³⁰ Nesse sentido, Puppe: “*A teoria cognitivista do dolo é superior à teoria voluntarista por várias razões: primeiramente admite ela com clareza que faz um uso normativo, e não psicológico, do conceito de vontade. Em segundo lugar, confere ela ao juízo adscritivo um sentido claro. Por assumir o risco, aprovar, aceitar, assentir, deve entender-se no contexto deste juízo exatamente o que estas palavras expressam, e não, como faz a jurisprudência alemã, uma aprovação em sentido jurídico. Em terceiro lugar, a teoria cognitiva do dolo vincula o juiz a critérios claros e garante com isso mais segurança jurídica e igualdade que a teoria voluntarista do dolo. Ela previne o perigo de que o juiz valore não o fato, mas o autor, e o perigo de que interesses políticos de todo estranhos ao dolo determinem o juízo sobre dolo ou culpa. Quarto e por último: a teoria cognitiva do dolo tem, face à teoria voluntarista, a vantagem de que os seus pressupostos do dolo são, ao menos em princípio, comprováveis em juízo*” PUPPE, Ingeborg. *Dolo eventual e culpa consciente*, cit., p. 10.

⁴³¹ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, cit., p. 83.

⁴³² PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre Dolo e Culpa*, cit., p. 87.

Para o Direito Penal, não é qualquer conduta idônea para alcançar um resultado que caracterizará o perigo doloso, somente quando for relativamente grande a chance de se alcançar o resultado com aquela conduta. Porém, a valoração dessa probabilidade não pode ficar a cargo sujeito. Não pode ele procurar se exculpar de uma conduta sob o argumento de que, embora soubesse de sua aptidão para provocar o resultado, esperava que esse não ocorresse. Para que se possa atribuir o conhecimento ao agente, ou seja, para que esse perigo seja levado a sério pelo Direito Penal, a sua relevância deverá ser fixada normativamente, como critério objetivo⁴³³.

O perigo doloso deve ser dotado de uma relevância tal que se espera que qualquer pessoa que pensa e age racionalmente o leve a sério. Ou seja, não importa se o sujeito levou a sério o perigo, o importante é que o perigo deva ser levado a sério. Deve ser possível se afirmar que qualquer pessoa, orientada de acordo com parâmetros racionais, à frente daquela qualidade de perigo, se atuar, estará comunicando uma tomada de posição de aceitação do resultado de sua conduta. Isso ocorre porque há determinada classe de perigos que, por sua qualidade, permite afirmar que toda pessoa racional, em caso de conhecer tais perigos, dentro de uma razoabilidade, representaria o perigo de lesão de sua conduta.

Não se trata de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, pois, não é uma responsabilidade automática decorrente de uma ação ou omissão. Para que se considere o dolo, é imprescindível que o conhecimento possa ser atribuído ao agente, ainda que ele não tenha efetivamente conhecido o perigo da sua conduta. Portanto, para os casos de ignorância, se o agente não tinha conhecimento por desinteresse, ou ainda que de forma intencional, isso não impede que ele seja responsabilizado dolosamente. O relevante é que o agente deveria conhecer e não o fez⁴³⁴.

⁴³³ É o que defende Puppe: “*Se fica, porém, comprovado o conhecimento de um perigo de vida intenso, manifesto e evidente, de um perigo, enfim, que uma pessoa racional não correria, a não ser que aceitasse o resultado como consequência de sua ação, não permite a teoria intelectual do dolo que o autor se defenda do reproche por dolo alegando que ele, ainda assim, não aceitaria o resultado, não o aprovara, mas confiara em sua não ocorrência. O autor não é juridicamente competente para decidir sobre a relevância de um perigo por ele conhecido para o seu comportamento, nem para decidir sobre o injusto que a criação deste perigo representa*” PUPPE, Ingeborg. *Dolo eventual e culpa consciente*, cit., p. 7; PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 79-80.

⁴³⁴ Nesse sentido, defendendo que o dolo se caracteriza quando o agente não conhece por indiferença: JAKOBS, Günther. *Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas*, cit., p. 225-226. Para Puppe, com exceção de uma situação de intensa perturbação da capacidade de cognição do autor, é “*difícilmente imaginável que o autor desconheça um perigo doloso em razão de uma cegueira diante dos fatos*” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 103-104.

Isso significa, por outro lado, que, se não era possível ao agente conhecer o perigo da lesão, ainda que tenha praticado uma conduta objetivamente típica, ela não poderá ser atribuída a ele subjetivamente.

Por fim, mas ainda referente aos critérios de atribuição do conhecimento, cabe analisar como será feita a distinção entre o dolo e a culpa. O relevante será a qualidade do perigo. Para definir o conhecimento do perigo lesivo da conduta, apto a provocar o resultado, deve ser levado em conta a qualidade do perigo, de acordo com parâmetros racionais, frente a tal situação. Se uma pessoa que age e pensa racionalmente levaria a sério tal situação como de perigo de lesão, haverá dolo; se na mesma situação, esta pessoa que age e pensa racionalmente não levaria a sério o perigo de tal situação, não haverá dolo.

A distinção entre o dolo e a culpa está, portanto, na qualidade do perigo. Se um perigo é reconhecido como sendo um método idôneo para causar o resultado, pois há elevada probabilidade de provoca-lo, haverá dolo. Mas, mas se tal perigo não é reconhecido como sendo um perigo idôneo para causar o resultado, não se poderá considerar ter havido dolo. Por isso é irrelevante se o agente quis um resultado, mas utilizou de um método inidôneo. Sendo inidôneo o método, não haverá dolo.

Para teorias volitivas, numa situação em que o agente cria um método com baixa probabilidade de causar o resultado, mas tenha a intenção de causar o resultado, o pequeno risco de lesão seria somado à intenção, de forma que se consideraria um crime doloso. Já, para teorias cognitivas, que consideram como relevante apenas o conhecimento da elevada probabilidade de tal conduta causar um risco de lesão, não se poderia falar em dolo, sendo, eventualmente, imputável a conduta a título de culpa, caso ocorra o resultado.

Isso pode não parecer justo para os adeptos de teorias de cunho volitivo. Porém, é exatamente dessa forma como o direito penal deve tratar essa situação. Imaginemos um outro caso mais extremo, bastante discutido na doutrina, em que o sobrinho deseja a morte do tio e, para isso, o envia a uma floresta com histórico de raios em dias de chuva, na esperança de que seu tio seja atingido por um raio. Qual a qualidade do perigo de lesão da conduta do sobrinho, ao enviar o tio a uma floresta? Nenhuma ou baixíssima. Ainda que caia um raio e o atinja o tio, não existirá tipicidade subjetiva.

Diferentemente das antigas teorias da probabilidade, não se procura distinguir o dolo da culpa com base em uma forma quantitativa de probabilidade de ocorrência de

um resultado, mas sim na qualidade desse perigo para causar o resultado. A verificação dessa qualidade deve ser feita por um juízo normativo, analisando a situação como tendo sido praticada por uma pessoa que age e pensa racionalmente.

Porém, não se pode desconsiderar eventual conhecimento específico que venha a ter o autor. Por exemplo, um sujeito quer matar seu inimigo que se encontra a 200 metros de distância. Para uma pessoa comum, que não tenha habilidade com armas de fogo, o risco de lesão, caso efetue um disparo, é muito pequeno, não sendo suficiente para considerar como sendo um perigo de dolo, que exige elevada probabilidade de causar o resultado. No entanto, se o agente for um especialista em tiros a distância, sendo fácil para ele atingir um alvo que se encontra a 200 metros, o juiz deve levar esse fato em consideração, ao verificar se o método era idôneo para causar o resultado. Por isso que, para Puppe, *“só se pode falar em método de provocação do resultado se, segundo os conhecimentos daquele que o utiliza, a chance de alcançar o objetivo for relativamente grande”*⁴³⁵.

Por fim, ainda no que se refere à distinção do dolo e da culpa, a fim de evitar que condutas culposas sejam incorporadas pelo dolo, quando não há tipificação de sua modalidade culposa, é de se ressaltar a necessidade de, em alguns casos, exigir-se requisitos adicionais referentes à qualidade e à intensidade do perigo, das quais deve ter conhecimento o autor.

Pelo aqui exposto, com as justificativas já esplanadas ao longo dos capítulos anteriores, é de se considerar que o elemento volitivo do agente é indiferente para a caracterização do dolo, sendo suficiente o elemento cognitivo. Será suficiente que o agente tenha conhecimento de que, com sua conduta, criou um risco de realizar o resultado do tipo, ou seja, de que utilizou um método idôneo para provocar o resultado. Esse método idôneo deve ser dotado de uma qualidade tal que se considere como sendo de elevada probabilidade de causar o resultado. A valoração quanto à qualidade do método idôneo não pode ficar a cargo do agente, deve ser atribuída objetivamente, considerando o que uma pessoa que age e pensa racionalmente, de forma que, se esta pessoa assim agiu, sua conduta foi dolosa. Consequência disso é que não haverá distinção entre dolo direto e dolo eventual. Haverá um único dolo, aquele para o qual bastará o conhecimento.

⁴³⁵ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 83.

Qualquer atributo de caráter volitivo estará fora do âmbito de imputação subjetiva. Por fim, não se pode desconsiderar, em determinados casos, o conhecimento especial do agente quanto ao método de provocação do resultado. Isso porque, em uma mesma situação, pode se considerar que, para um sujeito comum, aquele método não é idôneo para provocar o resultado, enquanto que, para quem detem um conhecimento especial, a probabilidade de tal método provocar o resultado poderá ser relativamente maior.

3.3 Análise da compatibilidade de uma teoria cognitiva do dolo com o Direito Penal Brasileiro

O Código Penal, no artigo 18, inciso I, considera dolosa a conduta daquele que quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção. Todavia, a análise deve considerar sistematicamente as regras do Código Penal brasileiro.

Quando o Código Penal, em seu artigo 20⁴³⁶, dispõe que o erro de tipo exclui o dolo, ele passa a ideia de que “*a falta de conhecimento exclui o dolo; logo, dolo pressupõe, no mínimo, conhecimento*”⁴³⁷. Não há qualquer referência à exclusão do dolo se faltar vontade ou intenção. Nesse sentido, defende Fábio Guedes:

*“Quanto à exaltação do elemento ‘conhecimento’, o Código Penal brasileiro, em seu art. 20, ao tratar do erro de tipo, exclui ou atenua a responsabilidade do sujeito pela exclusão do dolo, se o sujeito erra sobre elemento constitutivo do tipo legal. Sem dúvida, reconhece-se que este erro recai sobre o conhecimento, e não sobre o elemento psicológico da vontade”*⁴³⁸.

Portanto, à luz do artigo 20, somente se exclui o dolo se falta o conhecimento, não quando falta a vontade. E isso significa que para o dolo é necessário, ao menos, um elemento cognitivo, o conhecimento.

⁴³⁶ “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”.

⁴³⁷ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe, cit., p. XVII.

⁴³⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A reconstrução do dolo na teoria do delito, cit., p. 13-14. É o que defende, também, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo, cit., p. 905.

De outro lado, o Código Penal prevê, expressamente, o crime doloso quando o agente “quis” ou “assumiu o risco” de produzir o resultado. Como já analisado no item 3.2, essa disposição legal tem sido interpretada pela doutrina nacional como indicando duas formas de dolo: o dolo direto e o dolo eventual. Na prática, o que ocorre é que, se não há certeza quanto à intenção do agente – o que geralmente não se tem –, para considerar o dolo, o julgador fica restrito à modalidade “assumiu o risco”, ou seja, o dolo eventual. Se o “assumir o risco” for entendido como referindo-se a um elemento psíquico do agente – como defendido pela doutrina nacional majoritária – a lei penal será um limitador para a admissão de um conceito cognitivo de dolo.

Contudo, é de se observar que, na prática, quando o juiz condena com base no dolo eventual, porque o agente assumiu o risco, na verdade ele não consegue atingir o elemento psíquico do agente. O que o juiz faz, inegavelmente, é inferir o conhecimento e a vontade do agente, a partir de elementos objetivos externos. Como afirma Miguel Reale Jr., “*o dolo infere-se de todas as circunstâncias objetivas conhecidas, com a passagem do extrínseco conhecido para o intrínseco desconhecido*”⁴³⁹.

Como o conceito de “assumir o risco” não é claro, seria possível considerar que o seu significado é que o agente tinha conhecimento do risco do perigo que estava criando com sua conduta e, ainda assim, agiu. Aceitando-se tal definição de conteúdo, como sendo compatível com o conceito do inciso I, parte final, do *caput* do art. 18 do Código Penal, seria possível a admissão de um conceito cognitivo de dolo pelo ordenamento pátrio.

Haveria um óbice no ordenamento jurídico brasileiro, apenas, se se considerasse que “assumir o risco” se refere a um elemento psíquico do agente.

Mas, a partir da constatação de que “assumir o risco” nada mais é do que uma atribuição de conhecimento ao autor, pode-se aceitar como compatível o exclusivo

⁴³⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do Código Penal. Nova Interpretação**. São Paulo: RT, 1988, p. 57. Quanto à prova do elemento volitivo, conclui Luís Greco : “o problema da prova, diz respeito ao fato de que, qualquer que seja o elemento volitivo que se considere correto, nunca é realmente possível provar a sua existência de maneira compatível com as exigências da presunção de inocência e do in dubio pro reo. Por causa do chamado acesso privilegiado que tem o autor em relação aos seus estados mentais, a rigor sempre lhe será possível negar ter agido com o estado mental a que a teoria volitiva preferida se refere, sem que o juiz tenha como atestar estar o autor mentindo. O fato de que ainda assim existam condenações por dolo mesmo em casos em que não há confissão revela que, no fundo, a vontade em sentido psicológico nunca foi levada muito a sério” GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**, em comemoração ao 70º Aniversário. Org. João Lopes Alves [et al.]. Coimbra: Almedina, 2009, p. 897.

caráter cognitivo do dolo com o direito penal brasileiro, forma essa que não dá margens à arbitrariedade e causa muito mais segurança jurídica. Esta parece ser a melhor forma de interpretar referido dispositivo, tendo em vista que a expressão “assumiu o risco” não equivale a querer. Portanto, é perfeitamente possível afirmar que um conceito cognitivo de dolo é compatível com a legislação penal nacional⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ Essa interpretação será de difícil compatibilização com o direito posto, caso seja aprovado o Novo Código Penal, nos termos do PLS 236/2012, na medida em que considera o dolo eventual, não mais como assunção do risco de produção do resultado, mas passou a exigir que essa assunção seja feita com indiferença, que é uma expressão cujo conteúdo é de caráter psicológico. Portanto, caso seja adotada a teoria da indiferença, não será possível considerar o dolo como sendo mero conhecimento, desprovido de qualquer conteúdo volitivo.

PARTE II – O ELEMENTO SUBJETIVO NA LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

CAPÍTULO 4 – O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O combate e a repressão ao crime de lavagem de dinheiro têm se acentuado bastante no plano internacional, com repercussão nos ordenamentos internos do Brasil e de outros países. Entre as várias medidas adotadas estão: a ampliação dos deveres administrativos na prevenção da lavagem de dinheiro, além da extensão dos sujeitos obrigados administrativamente, a ausência de limite dos crimes que podem ser antecedentes à lavagem de dinheiro, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, o aumento nas penas e, no âmbito dos elementos subjetivos do tipo, a possibilidade de prática por meio de dolo eventual e até mesmo a tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro.

O âmbito financeiro, por ser comumente utilizado para a prática de lavagem de dinheiro, tem sido o foco das atenções das autoridades engajadas no combate e repressão de tal delito, tendo sido constante a ampliação os deveres administrativos dos operadores do sistema financeiro e, conseqüentemente, aumentando-se a punição pelo descumprimento de tais deveres, até mesmo no âmbito criminal.

Uma das maiores dificuldades em relação ao delito de lavagem de dinheiro relaciona-se com a sua tipicidade subjetiva. O ordenamento jurídico pátrio não tipifica a modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro. Mas, identificação do dolo tem sido objeto de inúmeras controvérsias. Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, sobre a admissão ou não do dolo eventual para algumas modalidades tipificadas na Lei 9.613/98. E isso se deve a fatores como dificuldade de identificar, claramente, o elemento volitivo da lavagem de dinheiro; problemas para se provar o conhecimento do agente; tentativa de equiparar a cegueira deliberada ao dolo, entre outras. Por isso a importância em se definir o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro.

Outro problema também encontrado em relação ao crime de lavagem de dinheiro é definir se é admitida a responsabilização criminal a título de omissão imprópria, em especial para aqueles que possuem a posição de garantidor, frente a instituições financeiras, armazenando dados de clientes e informando atividades suspeitas à autoridade competente.

Antes, contudo, de examinar o elemento subjetivo em relação aos agentes do sistema financeiro, normalmente mais expostos em sua atividade diária à lavagem de dinheiro, é necessário verificar, os deveres impostos no âmbito administrativo aos operadores financeiros.

Mas, para tanto, é imprescindível que se compreenda uma série de premissas: a origem da tipificação da lavagem de dinheiro, o seu conceito, sua evolução normativa no sistema jurídico brasileiro, qual o bem jurídico tutelado para tal delito, quem são os sujeitos obrigados a colaborar com as autoridades na prevenção da lavagem de dinheiro e quais seus deveres.

4.1 Conceito e importância do controle da lavagem de dinheiro

Nos crimes em que a sua prática tem por motivação a obtenção de lucro, é importante para o agente que ele consiga usufruir com segurança o produto ou proveito obtidos ilegalmente⁴⁴¹. Para atingir esse desiderato, o agente procura afastar de si o objeto ou o produto do crime, muitas vezes transferindo-o a terceiros pessoas. Contudo, para o Estado, quanto mais distante de sua origem criminosa, mais difícil será rastreá-lo. Em razão disso, a necessidade de se recuperar mais facilmente o objeto ou o produto do crime, evitando que seja transferido para diversos indivíduos, se distanciando cada vez mais do agente delituoso, gera ao legislador a necessidade de punir não somente aquele que praticou o delito, mas também aquele que dele tem proveito⁴⁴².

A preocupação do legislador brasileiro em evitar a utilização da *res* proveniente de crime já se manifestava no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830⁴⁴³, e no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890⁴⁴⁴, ao considerar como cúmplice

⁴⁴¹ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

⁴⁴² Nélson Hungria, tratando do crime de receptação, ensina que: “*O que a lei penal visa é a coibir a maior dificuldade na recuperação da coisa pelo dominus, ou na recomposição do status quo ante, e tal situação não ocorre enquanto a coisa permanece no poder do criminoso anterior*” HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. VII, 3^a ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1967, p. 303.

⁴⁴³ No Código de 1830, a conduta era tipificada no § 1º do artigo 6º, que dispunha: “*Art. 6º. Serão também considerados cúmplices: § 1º. Os que receberem, occultarem ou comprarem cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o forão ou devendo sabê-lo em razão da qualidade ou condição das pessoas de quem as receberão ou comprarão*”.

⁴⁴⁴ No Código de 1890, a conduta era definida no § 3º do artigo 21: “*Serão cúmplices: (...) § 3º Os que receberem, occultarem, ou comprarem, cousas obtidas por meios criminosos, sabendo que o foram, ou devendo sabê-lo, pela qualidade ou condições das pessoas de quem as houverem*”.

aquele que recebesse, ocultasse ou comprasse coisas provenientes de crime. Com o Código Penal de 1940, a receptação passou a ser um delito autônomo, definido no art. 180⁴⁴⁵.

O crime de lavagem de dinheiro tem como inspiração a receptação⁴⁴⁶. Inclusive, em alguns ordenamentos jurídicos, a lavagem de dinheiro é considerada uma forma de receptação⁴⁴⁷. No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a lavagem de dinheiro é colocada como um delito autônomo⁴⁴⁸, se distinguindo da receptação em razão de alguns aspectos. Primeiramente, porque a receptação tem como sujeito ativo, tão-somente, o terceiro estranho ao crime antecedente, ou seja, aquele que recebe ou adquire, a coisa produto do crime. O autor do crime antecedente jamais poderá ser autor da receptação⁴⁴⁹. Já na lavagem de dinheiro, o sujeito ativo pode ser tanto o terceiro que não praticou o crime antecedente quanto o próprio sujeito ativo do crime anterior⁴⁵⁰. O segundo e mais importante fator que distingue a receptação da lavagem de dinheiro é que esta normalmente se insere em um sistema muito mais complexo, que envolve altas quantias dinheiro ilícito, atingindo o sistema econômico e financeiro.

⁴⁴⁵ “Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

⁴⁴⁶ Assevera Rodolfo Tigre Maia que “a receptação é o primeiro delito cuja objetividade jurídica se aproxima do que atualmente constitui o escopo precípua da incriminação da ‘lavagem’ de dinheiro, qual seja, impedir a utilização de produtos do crime” MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 22.

⁴⁴⁷ Conforme expõe Isidoro Blanco Cordero: “En Bélgica el artículo 505 CP, que tradicionalmente acogía el delito de receptación, se refiere expresamente a la infracción de ‘blanchiment’” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 316-317. Destaca, ainda, o autor, que em outros ordenamentos, como é o caso do Suíço e do Alemão, a lavagem de dinheiro está entre os delitos de favorecimento. *Idem, ibidem*, p. 318.

⁴⁴⁸ De acordo com Blanco Cordero, nos Estados Unidos e em Portugal, por exemplo, a lavagem de dinheiro também configura delito autônomo. BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 320.

⁴⁴⁹ Nas palavras de Magalhães Noronha: “O autor do crime pressuposto não pode ser receptor. Ainda que, após a prática, execute ação prevista no dispositivo, como se, por exemplo, oculta a coisa, não comete receptação. É única sua atividade criminosa, a qual abrange a ação posterior. Na hipótese de outrem receber, adquirir ou ocultar a coisa, não é o agente do crime anterior co-autor de receptação, pois esta exclui semelhante participação” NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 486.

⁴⁵⁰ Há países que não punem a autolavagem, ou seja, não punem a lavagem de dinheiro praticada pelo autor do crime antecedente. É o caso, por exemplo, da França e da Alemanha. MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 91-92. A doutrina brasileira tende a criminalizar autolavagem. Nesse sentido: BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013 p. 57; MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 92. Em sentido contrário, há doutrinadores que defendem a impossibilidade de punição à autolavagem, com exceção da situação em que houver “relativa autonomia e estruturação em face do crime antecedente” SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; COSTA, Helena Regina Lobo da; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim IBCCRIM**. Ano 21, n. 250, setembro, 2013

As primeiras menções à lavagem de dinheiro estão relacionadas ao período da Lei Seca, ocorrido nos Estados Unidos entre 1920 e 1933, em que se proibiu a fabricação, o comércio e o transporte de bebidas alcoólicas. Essa política repressiva fez desenvolver um comércio ilegal de álcool, que ficou nas mãos de organizações criminosas, atingindo grandes proporções, culminando com a movimentação de vultuosas quantias de dinheiro, que alimentavam a corrupção, e passaram a se misturar com atividades lícitas⁴⁵¹.

Após o fim do período da Lei Seca, as organizações que antes dependiam do comércio ilegal de bebidas alcólicas passaram a comercializar drogas, como maconha, heroína, cocaína e anfetaminas.

Mais recentemente, a eliminação de barreiras econômicas existentes entre países, decorrente da globalização, alicerçada ao avanço tecnológico, que sofisticou os meios de comunicação e intensificou o comércio internacional, causou um elevado fluxo de capitais entre as diversas economias mundiais. Essa mesma globalização que impulsionou as atividades lícitas e facilitou o trânsito de valores entre economias foi alvo também daqueles que desenvolviam atividades ilícitas. Agentes estruturalmente organizados, difundidos em diversas nações, passaram a usufruir dessas facilidades para aprimorar a prática de delitos transnacionais⁴⁵². O tráfico ilícito de entorpecentes, principal atividade das organizações criminosas, tomou grandes proporções, gerando enormes lucros para essas organizações⁴⁵³.

Para que os criminosos possam usufruir dos produtos ou proveitos gerados pelos delitos antecedentes, com segurança, sem que isso desperte a atenção de autoridades, tais bens, direitos ou valores são submetidos a uma série conjugada de ações, com a finalidade de que o dinheiro ilícito ingresse na economia com a aparência de lícito. As técnicas utilizadas, na maioria das vezes, são desenvolvidas por agentes em diferentes regiões do mundo, dificultando muito o rastreamento do dinheiro, bens ou valores provenientes de crime.

Dos diversos modelos explicativos das fases da lavagem de dinheiro, o mais adotado é o apresentado pelo GAFI – Grupo de Ação Financeira –, criado em 1989 pelo

⁴⁵¹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 26-27.

⁴⁵² Nesse sentido, entre outros: PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 30.

⁴⁵³ Nesse sentido: PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 28; MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 30-32.

G7⁴⁵⁴, que divide o processo em três fases⁴⁵⁵. Primeiramente, separam-se os proveitos ilícitos do agente, os quais são, em seguida, difundidos no mercado, para, finalmente, serem integrados ao seu patrimônio.

Na primeira fase, denominada de ocultação, colocação ou *placement*, o proveito ilícito obtido com o delito antecedente deve distanciar-se fisicamente do agente ou do local de obtenção. Há diversas formas de se proceder à colocação, seja por meio de utilização de instituições financeiras, ou não. Um dos modos comumente utilizados consiste no fracionamento de transações de baixos valores, e em diferentes instituições financeiras, haja vista que transações de baixos valores restam livres, em regra, de fiscalização⁴⁵⁶. Ainda por meio da utilização do sistema financeiro, é possível a realização de aplicações financeiras ou a compra de moedas estrangeiras, com a finalidade de posterior envio de dinheiro ao exterior⁴⁵⁷. Costuma-se valer, nesta fase, de agentes bancários, que estejam ou não mancomunados com os agentes que queiram proceder à lavagem de dinheiro, desde simples empregados a diretores das instituições, os quais, valendo-se do cargo que ocupam, deixam de comunicar as operações às autoridades competentes⁴⁵⁸. Por meio dessas atividades inerentes à ocultação, os bens, direitos ou valores ilícitos afastam-se do agente do delito, de maneira discreta.

A segunda fase da lavagem de dinheiro é denominada dissimulação, mascaramento ou *layering*. Neste segundo momento, os proveitos dos delitos

⁴⁵⁴ Conforme explica Julio Díaz-Maroto y Villarejo, GAFI ou FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) “*es un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y, aunque se trata de un organismo con funciones de estudio y asesoramiento que no puede tomar decisiones ejecutivas con efectos como los de los Convenios o Tratados internacionales, como es el caso de las Resoluciones de las Naciones Unidas, que sí implican por sí mismas una obligatoriedad tácita, sus Recomendaciones tienen en la práctica una fuerza a veces más importante que la fuerza jurídica de los instrumentos internacionales referidos*” DÍAZ-MAROTO Y VILLARELO, Julio. Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. In BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 29.

⁴⁵⁵ Conforme assevera Isidoro Blanco Cordero, “*La clasificación más ampliamente asumida, sobre todo por la doctrina americana, es la que diseñó el Grupo de Acción Financiera en los anexos a sus 40 recomendaciones*” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 62. No mesmo sentido: CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**. Ideologia da criminalização e análise do discurso. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 120.

⁴⁵⁶ PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 37.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 65. Rodolfo Tigre Maia elenca algumas atividades empresariais comuns a essa fase da lavagem de dinheiro, por envolverem grande movimentação de dinheiro em espécie: “*cassinos, casas noturnas, casas de massagens, restaurantes, bares, lojas de máquinas eletrônicas, joalherias, entidades que recebem donativos em espécie*” MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 38.

⁴⁵⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 66.

efetivamente disseminam-se, distanciando-se completamente de sua origem ilícita. A fim de atingir tal objetivo, são necessárias múltiplas e sobrepostas ações, comumente envolvendo inúmeras operações financeiras⁴⁵⁹. Neste momento, é muito comum que aquelas quantias que foram anteriormente fracionadas sofram sucessivas transferências bancárias ou aplicações financeiras⁴⁶⁰. E, para que essas operações percam o seu rastro, em determinado passo, as quantias passam a integrar contas bancárias de terceiros, pessoas físicas vulgarmente conhecidas como “laranjas”⁴⁶¹, ou de pessoas jurídicas “offshore”⁴⁶². Os valores podem ser dispersos no mercado nacional ou internacional, muitas vezes por transferência “via cabo”⁴⁶³, sendo comum que estejam em paraísos fiscais⁴⁶⁴, haja vista que tais territórios, além de oferecerem baixa ou nenhuma

⁴⁵⁹ Quanto à segunda etapa da lavagem de dinheiro, explica Isidoro Blanco Cordero: “*Si tiene éxito la fase de colocación, los blanqueadores tratarán de hacer más difícil y complicada la detección de los bienes mediante la realización de múltiples transacciones que, al igual que capas, se irán amontonando unas tras otras dificultando el descubrimiento del origen de aquéllos*” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 69-70.

⁴⁶⁰ Quanto às operações realizadas na segunda fase da lavagem com os grandes volumes de dinheiro inseridos no mercado, assevera Rodolfo Tigre Maia: “*devem ser diluídos em incontáveis estratos, disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas nacionais e internacionais, com estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados*” MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 38-39.

⁴⁶¹ Segundo Marco Antonio de Barros, há três tipos de “laranjas”: “*a) pessoas ingênuas, simples, que, não tendo capacidade econômica, são utilizadas nas transações ilegais e até podem ignorar a operação de ‘lavagem’; b) pessoa que ‘cede’ ou ‘empresta’ seus documentos, mediante o pagamento de determinada quantia, permitindo a sua utilização para finalidade que desconhece; c) pessoa que, além de ‘emprestar seu nome’, alicia outros ‘laranjas’ para o trabalho*” BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 58.

⁴⁶² Segundo definição de Marco Antonio de Barros, *offshore* “*é a empresa definida como sociedade que opera sempre fora de sua base territorial (numa tradução livre, offshore significa ‘litoral’ ou ao largo da costa)*. Muitos países, notadamente aqueles que são considerados ‘paraísos fiscais’ (mas não apenas estes), admitem a criação de bancos e empresas não estabelecidas em seu território, ou seja, possibilitam que as pessoas jurídicas exerçam as suas atividades unicamente fora do Estado onde elas tenham obtido autorização para exercê-las” BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 339.

⁴⁶³ A transferência “via cabo” é aquela na qual o agente pretende enviar ao exterior determinada quantia, sem comunicação ao órgão competente, e sem que haja a transferência física do dinheiro através de doleiro. Mais especificamente, um agente procura alguém que possua dinheiro no exterior e que pretenda trazê-lo ao Brasil. O dinheiro que já está no exterior é transferido para uma conta aberta pelo agente também no exterior, enquanto que o dinheiro que está no Brasil é transferido ou entregue ao outro no Brasil. Muitas vezes é o próprio doleiro quem intermedia o agente, até mesmo porque, não raras vezes, ele mesmo já possui o dinheiro no exterior.

⁴⁶⁴ Paraíso fiscal, na definição de Edson Pinto, é: “*o país ou dependência: (a) que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) considerando a legislação tributária do referido país aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação, considerando-se separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio; e (b) cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade*” PINTO, Edson. **Lavagem de Capitais e Paraísos Fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 143.

tributação, pretensamente garantem o sigilo bancário das operações financeiras realizadas. É possível, também, o envio de valores em espécie ao exterior, legalmente, sem necessidade de comunicação à autoridade competente. No caso brasileiro, por exemplo, tal situação se dá quando a quantia não ultrapassa R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em moeda estrangeira⁴⁶⁵.

A segunda fase da lavagem estará completa após a realização das diversas transações financeiras, com os valores agora dispersos no mercado nacional e internacional, sem que haja qualquer rastro de sua origem ilícita. Ou seja, somente se considera concluída a segunda etapa quando os bens ou valores estão realmente dissimulados no mercado.

A terceira e última etapa da lavagem de dinheiro é a integração, também denominada reciclagem ou *integration*. É nesta fase que o agente atinge seu objetivo final, conferindo aparência legítima a bens, direitos ou valores de origem ilícita, o que acaba por impossibilitar sua descoberta ou controle pelas autoridades competentes⁴⁶⁶. Durante a integração, o agente procura meios de inserir os valores no sistema financeiro, integrando-os em atividades lícitas. Muitas vezes, a integração é feita por meio de investimentos, aquisições, compra de ativos. Podem ser criadas empresas *offshore* que, na posse de tal numerário, investem em empresas de propriedade do agente, ou compram parte do capital social. Com isso, os proveitos dos delitos antecedentes passam a integrar os bens do agente, que poderá deles dispor, sem que haja suspeitas de sua ilicitude.

A lavagem de dinheiro pode ser compreendida, portanto, como um processo através do qual bens de origem delitativa passam a integrar o sistema econômico legal, com aparência de lícitos⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Até esse valor, não é necessária a Declaração de Porte de Valores, conforme prevê a Lei n. 9.069/95, em seu artigo 65: “O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores: I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais); II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

⁴⁶⁶ Nas palavras de Blanco Cordeo, a fase de integração “consiste en la introducción de los bienes criminalmente obtenidos en la economía legal sin levantar sospechas y outorgando una apariencia de legitimidad en cuanto a su origen” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 7.

⁴⁶⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 93.

4.2 Bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro

É importante compreender, para o estudo do crime de lavagem de dinheiro, qual o bem jurídico tutelado. Isso porque, a partir dessa definição, poder-se-á determinar quais condutas podem causar lesão a tal bem jurídico e, portanto, podem ser imputadas criminalmente ao sujeito. Antes, contudo, será feita uma breve exposição de quais os limites da intervenção do Direito Penal, para que não haja uma ampliação demasiada da imputação do crime de lavagem de dinheiro.

4.2.1 A proteção subsidiária a bens jurídicos

Estabelecer os fins do Direito Penal, tornando legítimo o modo de intervenção estatal que mais atinge o cidadão, sempre foi tarefa das mais relevantes para pensadores e doutrinadores do Direito Penal. A partir do século XIX, passou-se a desenvolver a teoria do bem jurídico, a qual ganhou força no século XX, possuindo, nos dias atuais, muitos defensores. Embora frequentemente colocada em xeque, a teoria do bem jurídico foi a que melhor conseguiu justificar a intervenção penal, estabelecendo como finalidade do Direito Penal a proteção subsidiária a bens jurídicos dotados de relevante valor para a ordem social, no Estado Democrático de Direito⁴⁶⁸.

Roxin, um dos principais defensores da teoria do bem jurídico, fundamentando a defesa da teoria do bem jurídico no pensamento liberal iluminista, assevera que a intervenção penal será legítima se garantir a conveniência livre e pacífica dos indivíduos, desde que não haja meios mais brandos para alcançar este fim:

“De todo esto se desprende: en un Estado democrático de Derecho, que es el modelo de Estado que tomo por base, las normas penales solo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo

⁴⁶⁸ Essa finalidade do Direito Penal é a mais aceita pela doutrina, porém não se desconhece posições em sentido contrário, como Jakobs, que defende que o Direito Penal não pode se restringir para tutelar bens jurídicos, mas sim para proteger a vigência de certas normas consideradas fundamentais para uma determinada sociedade: *“no cabe prescindir del filtro de la dañosidad social, y las normas que pasan ese filtro en parte son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos (delitos especiales y delitos de propia mano) y en parte normas para proteger la paz jurídica”* JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 58. Porém, para o fim do presente estudo, será adotada a teoria defendida por Roxin.

el respeto de todos los derechos humanos. Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.)”⁴⁶⁹.

Em linhas gerais, o que a teoria do bem jurídico pretende é afastar normas penais motivadas por ideologias, por questões morais ou tabus⁴⁷⁰, ou que pretendam proteger apenas sentimentos. O Direito Penal deve se preocupar com violação a bens jurídicos, não lhe cabendo um papel apenas simbólico.

As mudanças ocorridas na sociedade pós-industrial, tais como o risco e a insegurança social, demandaram uma posição do Direito Penal, de forma que, além dos bens jurídicos individuais, outros interesses ganharam importância⁴⁷¹. É o que se pode compreender da lição de Winfried Hassemer:

“La noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad: cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los ‘verdaderos’ bienes de las personas hoy en día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. ¿Es La Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447.

⁴⁷⁰ Em sentido diverso, criticando a posição de Roxin, Mir Puig assevera que: “*La formulación expuesta es excesivamente inconcreta. En realidad, sirve solo para excluir la punibilidad de los hechos exclusivamente inmorales, y aun en este ámbito lo difícil será en muchos casos decidir se el hecho atenta o no únicamente a la moral*” MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., 2003, p. 117.

⁴⁷¹ Ana Elisa Bechara explica a necessidade de proteção de bens coletivos: “*A partir da constatação das influências trazidas pela sociedade contemporânea na intervenção penal, introduziram-se nos últimos tempos novos interesses merecedores de proteção, em geral de orientação coletiva ou supraindividual. O reconhecimento jurídico-penal de tais interesses decorre da descoberta de uma superestrutura que se sobrepõe ao núcleo de bens jurídicos do Direito Penal liberal. Assim, sobre as pessoas e seus bens tradicionais situam-se diversos interesses de natureza coletiva, a demandar igualmente a proteção estatal. (...) os interesses pessoais passam a ser vistos de forma macro-social, isto é, relacionados às relações sociais estabelecidas, bem como ao funcionamento do sistema, a fim de se assegurar sua garantia*” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 221.

*de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales*⁴⁷².

Em suma, Winfried Hassemer também admite que o direito penal tutele bens jurídicos coletivos, desde que haja um referente individual, ainda que indireto⁴⁷³. Acrescente-se que, no conceito de bem jurídico desenvolvido por Roxin, é irrelevante se o bem jurídico possui realidade material ou não. Isto é, não devem ser protegidos apenas aqueles bens palpáveis. Assim, se a Administração da Justiça ou o sistema monetário são necessários para a vida dos cidadãos, então é reconhecida a importância de tal bem jurídico coletivo.

No Direito Penal Brasileiro, a partir da Constituição da República de 1988, passam a ser sedimentados os fundamentos da Ordem Econômica e do Sistema Financeiro Nacional⁴⁷⁴ e, não exclusivamente, mas principalmente, ganham especial atenção os crimes denominados do colarinho branco.

Partindo-se da premissa de que os bens merecedores de proteção jurídico-penal devam ser aqueles especialmente relevantes, mesmo que coletivos, para os quais não é suficiente a proteção por outro ramo do direito, a intervenção do Direito Penal na Ordem Econômica passou a enfrentar inúmeras dificuldades.

Nesse passo, merece especial atenção as advertências feitas por Ana Elisa Bechara:

*“Tratando-se dos delitos em matéria econômica, a discussão sobre a legitimidade da intervenção penal, a partir do bem jurídico, também ganha particular relevância, na medida em que o dever de assegurar um espaço vital aos interesses antagônicos envolvidos obriga o legislador a incriminar apenas determinados comportamentos. A construção dos tipos penais deve, nesse caso, atender um delicado equilíbrio de interesses, com o fim de evitar a excessiva intervenção em atividades socialmente úteis”*⁴⁷⁵.

Em um Estado Democrático de Direito, a intervenção do Direito Penal deve ser subsidiária. Somente será adequada e necessária quando outro ramo do direito, embora

⁴⁷² HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 104.

⁴⁷³ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, cit., p. 96.

⁴⁷⁴ Respectivamente, artigos 170 e 192 da Constituição Federal.

⁴⁷⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara. **Bem Jurídico-Penal**, cit., p. 227.

tenha dispensado de todos meios disponíveis, não foi capaz de resguardar a proteção a determinado interesse fundamental.

Cabe ressaltar, contudo, que nos dias atuais, o que se tem verificado é uma ineficácia de outros ramos do direito, por mero desinteresse em constituir e fazer funcionar modelos eficazes, e não por impossibilidade de que tais mecanismos cumpram eficazmente seus papéis, culminando com a conseqüente criminalização de condutas que, nem de longe, são lesivas ou colocam em perigo interesses fundamentais⁴⁷⁶.

Partindo da premissa de que o Direito Penal, no âmbito do Direito Penal Econômico, tem que cuidar para não intervir demasiadamente em atividades úteis ao desenvolvimento da sociedade, em um Estado Democrático de Direito, e mais, partindo da ideia de subsidiariedade do Direito Penal, questiona-se a possibilidade de tipificação do crime de lavagem de dinheiro praticado por omissão imprópria, a partir do descumprimento dos deveres administrativos impostos na Lei 9.613/98. Questiona-se se o sujeito obrigado administrativamente pela Lei 9.613/98 possui uma posição de garantidor e se, ao descumprir os deveres administrativos, cíveis ou contratuais, poderia ser responsabilizado criminalmente. Para tanto, deve-se identificar qual o bem jurídico protegido pela tutela da lavagem de dinheiro, para verificar se, no caso de descumprimento de tais obrigações, o Direito Penal estaria atuando nos limites da intervenção mínima, da subsidiariedade na proteção de bens jurídicos.

4.2.2 O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro⁴⁷⁷

No âmbito do estudo do crime de lavagem de dinheiro, não há consenso sobre qual o bem jurídico tutelado. Não será possível adentrar nessa discussão no presente

⁴⁷⁶ O perigo desta avocação do Direito Penal é exposto por Bechara: “*embora se possa admitir alguma desmaterialização do conceito de bem jurídico, no sentido de desvinculá-lo de realidades ontológicas tangíveis, não parece adequado desmaterializá-lo por completo, para o fim de substituí-lo pela lesão de um dever jurídico, até porque, conforme se comprova da própria evolução histórica do Direito Penal, sempre que se aproximou de tal intento, a intervenção penal experimentou épocas de autoritarismo e arbítrio*” BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara. **Bem Jurídico-Penal**, cit., p. 284.

⁴⁷⁷ O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro já foi objeto de análise por parte da autora, em monografia apresentada para obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Eloisa de Sousa Arruda, no ano de 2010, cujo título é “Lavagem de dinheiro e evasão de divisas: análise das hipóteses de concurso de crimes e de concurso aparente de normas”, cujas ideias são parcialmente produzidas nesse item.

trabalho, porém, serão mencionadas diversas posições doutrinárias acerca do bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro, bem como será indicada qual a posição adotada, para que se possa verificar a responsabilização penal de quem, por ação ou omissão, coloca em risco o bem jurídico tutelado.

Há doutrinadores que defendem que o bem jurídico tutelado é o mesmo objeto jurídico protegido pelo crime antecedente. Na doutrina nacional, Vicente Greco Filho entende que, embora o crime de lavagem de dinheiro tutele, subsidiariamente, outros bens jurídicos, *“a sua existência tem razão de ser na tutela do bem jurídico do crime que gerou os recursos ilícitos. O crime de lavagem tem como bem jurídico nuclear o do crime antecedente e, portanto, participa de sua natureza jurídica”*⁴⁷⁸.

Discorda-se de tal posição. Embora a lavagem dependa da existência e do produto advindo de um crime anterior, o bem jurídico protegido pela tutela do crime de lavagem de dinheiro não é o mesmo do crime antecedente. A tipificação da conduta de lavagem não visa proteger ou evitar a prática do tráfico de armas, ou a prática da extorsão mediante sequestro, ou a prática de qualquer outro crime. Para tanto já existe a própria tipificação daquele crime. A tipificação da lavagem de dinheiro visa evitar que o agente usufrua do proveito obtido com o crime antecedente. Por estas razões, não se pode aceitar que o bem protegido pela lavagem seja o mesmo do crime antecedente.

Outra parte da doutrina defende que o bem jurídico protegido pela lavagem é a Administração da Justiça. Na doutrina brasileira, esse é o posicionamento defendido por Rodolfo Tigre Maia, para quem os tipos penais da lei da lavagem representam uma forma a mais de repressão aos crimes antecedentes, mas que o objeto jurídico prevalente na lei é a Administração da Justiça, *“no sentido mais genérico e abrangente de quaisquer manifestações da Justiça no atingimento de suas metas e finalidades”*⁴⁷⁹. Para os adeptos dessa corrente, a Administração da Justiça seria o bem tutelado pela lavagem de dinheiro, ainda que haja, também, ofensividade à ordem econômica⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Visão Luso-Brasileira. Coord. José de Faria Costa; Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 163-164.

⁴⁷⁹ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 54-55. Nesse mesmo sentido: PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. In **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: RT, ano 6, n. 24, 1998, p. 221-222.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, defende Bottini: *“o bem jurídico nuclear da norma da lavagem de dinheiro é a administração da Justiça, ainda que se constate a lesão da ordem econômica em parte dos casos”* BOTTINI, Pierpaolo. O crime de lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI,

A grande crítica feita a esse posicionamento é de que, considerar que o bem jurídico é a Administração da Justiça, deixaria de fora a proteção de todas as alterações que efetivamente ocorrem na economia e no funcionamento do mercado, decorrentes das inúmeras movimentações financeiras. Não parece correto, portanto, que seja a Administração da Justiça o bem tutelado pela lavagem de dinheiro.

Há doutrinadores que entendem que a lavagem de dinheiro é um crime pluriofensivo, na mediada em que a tutela jurídica protege um conjunto variado de bens jurídicos. Para alguns, a lavagem de dinheiro visa proteger tanto a Administração da Justiça quanto a ordem socioeconômica⁴⁸¹. Para outros, há dois grupos distintos de bens jurídicos tutelados pela lavagem, o primeiro, imediato, abrange a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômico e financeiro, e o segundo, mediato, protege a ordem socioeconômica⁴⁸².

Na doutrina espanhola, Blanco Cordero defende que o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro é a ordem econômica. Embora reconheça que a Administração da Justiça é atingida na primeira e na segunda fase do crime de lavagem de dinheiro, entende que não se pode considerá-la como sendo o bem protegido no crime de lavagem, pois estaria se olvidando do aspecto mais importante do delito, que é a fase de integração⁴⁸³. Contudo, admite que a alusão à ordem econômica é muito vaga e imprecisa para constituir um bem jurídico, razão pela qual prefere especificar quais os aspectos da ordem econômica são lesionados e postos em perigo pela lavagem de dinheiro, concluindo ser, em primeiro lugar, a livre concorrência e, subsidiariamente, a credibilidade, a estabilidade e a solidez do sistema financeiro⁴⁸⁴. Também especificando um setor da ordem socioeconômica que seria afetado com a lavagem de dinheiro,

Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. 3^a ed. São Paulo: RT, 2016, p. 93.

⁴⁸¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crimes de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31. Nesse mesmo sentido: BONFIM, Márcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

⁴⁸² Para Marco Antonio de Barros: “*Quanto ao bem jurídico imediato, ou específico, pode-se dizer que ele se identifica com o bem jurídico protegido em sentido técnico, ou seja, é aquele que incorpora o bem jurídico diretamente tutelado pelo tipo de injusto da infração penal, e que, a nosso ver abrange (a) a estabilidade do sistema econômico e do sistema financeiro do País e (b) a credibilidade desses sistemas. (...) Para além dos apontados riscos de instabilidade que a lavagem produz no âmbito do mega sistema econômico-financeiro (nacional e internacional), em alguns casos, esse delito repercute de modo negativo na ordem socioeconômica. Aqui se revela o bem jurídico mediatamente tutelado pela criminalização da lavagem, com apoio assegurado no direito penal econômico*” BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas** cit., p. 45-46.

⁴⁸³ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 199-200.

⁴⁸⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 219-220.

Carpio Delgado entende que o legislador espanhol, através das condutas tipificadas no Código Penal, protege a circulação de bens no mercado⁴⁸⁵.

O entendimento predominante na doutrina brasileira é de que o tipo penal da lavagem visa proteger a ordem socioeconômica⁴⁸⁶. É o posicionamento mais correto, ao se considerar o objetivo final do agente com a lavagem de dinheiro, que é reintegrar seus bens na economia, com aparência de licitude. Mas, além disso, é de se considerar todos os setores atingidos com a prática da lavagem. Os atos de lavagem de dinheiro, como a ocultação, encobrimento e reciclagem, desestabilizam a economia, afetam a livre iniciativa, a concorrência, as relações de consumo, entre outros aspectos da ordem socioeconômica⁴⁸⁷. Grandes quantias que circulam no mercado não sofrem tributação, pois estão em nome de pessoas jurídicas fantasmas. São tantas as consequências no mercado financeiro, na economia e na sociedade, que não se pode afirmar que a lavagem protege o crime antecedente ou só a Administração da Justiça. Sua lesão vai muito além⁴⁸⁸.

Nessa mesma esteira, importante trazer as lições de De Carli:

“o interesse prevalente, o bem jurídico-penal tutelado pela norma que criminaliza a lavagem de dinheiro no Brasil, é a ordem socioeconômica. Os valores sociais aqui reconhecidos vão desde a repulsa da coletividade ao uso de fenomenais volumes de dinheiro, obtidos à custa da prática de crimes graves; do desejo de desempenhar atividades econômicas em um ambiente minimamente correto, com aplicação de regras iguais para todos (fiscais e tributárias, administrativas, de comércio externo, regulatória de atividades bancárias e financeiras), do desenvolvimento de empresas

⁴⁸⁵ CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**. Valencia: Tirant to blanch, 1997, p. 81.

⁴⁸⁶ Nesse sentido, entre outros: PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 77; OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. In CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998, p. 323; CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais da Lei nº 9.613/98. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83.

⁴⁸⁷ PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 79.

⁴⁸⁸ William Terra de Oliveira destaca as graves consequências causadas pela lavagem para o sistema econômico-financeiro: “o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção” e que, por essa razão, a tipificação da lavagem defenderia “interesses globais ou metaindividuais relativos a uma normal ordem econômico-financeira” OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas, cit., p. 321-322.

legitimamente dedicadas à produção de bens e de prestação de serviços, da proteção aos recursos públicos (obtidos dos contribuintes e destinados à promoção de investimentos sociais e econômicos), que são geridos pelos funcionários públicos e agentes políticos”⁴⁸⁹.

Esse mesmo posicionamento é encontrado na doutrina espanhola, em que a o crime de lavagem de dinheiro está inserido junto aos crimes contra a ordem socioeconômica no Código Penal. Para Muñoz Conde, esta classificação é devidamente justificável, porquanto a lavagem, além de favorecer o enriquecimento daqueles que praticaram os crimes antecedentes, afeta diretamente o funcionamento e o controle da economia de mercado, desde o início, por parte do Estado, através de sua atividade tributária⁴⁹⁰.

Portanto, conforme exposto, para a finalidade do presente estudo, será considerado que a lavagem de dinheiro visa proteger ordem socioeconômica.

4.3 Evolução do tratamento jurídico-penal da lavagem de dinheiro no Brasil

Para melhor compreender a relevância da definição do elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, é importante conhecer como as tipificações objetiva e subjetiva foram tratadas nas convenções internacionais, no direito estrangeiro e no ordenamento jurídico brasileiro. Impulsionado por fontes internacionais, o crime de lavagem de dinheiro foi instituído no ordenamento jurídico nacional em 1998 e tem sofrido algumas alterações desde então.

O crescimento da criminalidade organizada, do proveito dos bens oriundos dos delitos por ela praticados, bem como dos diversos atos de lavagem de dinheiro, que dificultavam o rastreamento de tais bens, fez desenvolver no âmbito internacional uma enorme preocupação das autoridades, culminando com a produção de diversas

⁴⁸⁹ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 116-117.

⁴⁹⁰ “*El blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo ya desde el origen o fuente del ingreso por parte del Estado a través de su actividad tributaria. Su consideración como delito socioeconómico está, por tanto, plenamente justificada*” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte Especial. 17ª ed. Valencia: Tirant to blanch, 2009, p. 502. No mesmo sentido, na doutrina espanhola: ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 101.

convenções, tratados e outros documentos relacionados à prevenção e ao combate da lavagem de dinheiro.

Primeiramente, com o objetivo de combater a criminalidade organizada transnacional relacionada ao tráfico de drogas e do destino que se dava ao proveito com ele obtido, em 20 de dezembro de 1988, na cidade de Viena, foi realizada a “Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas”, mais conhecida como Convenção de Viena, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 154, de 1991. Tal Convenção definiu o crime de lavagem de dinheiro⁴⁹¹ e exortando os países signatários para que passassem a tipificá-lo em seu direito interno.

Da Convenção de Viena, pode-se extrair três diferentes tipos penais de lavagem de dinheiro, quais sejam: (i) a conversão ou transferência de bens de origem ilícita com a finalidade de ocultar ou encobrir a sua origem ilícita; (ii) a efetiva ocultação ou encobrimento da verdadeira natureza, da origem, localização, destino, movimentação ou propriedade desses bens; (iii) aquisição, posse ou uso de bens de origem ilícita.

Inicialmente, no que se refere aos bens de origem ilícita, é importante tecer breves explicações. Particularidade importante da Convenção de Viena é a limitação do crime antecedente da lavagem de dinheiro àqueles relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes⁴⁹². As primeiras legislações que tipificaram a lavagem de dinheiro,

⁴⁹¹ A lavagem de dinheiro foi definida na Convenção de Viena, em seu artigo 3, n. 1, b, i e ii, c, i: “I - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: (...) b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão”.

⁴⁹² Convenção de Viena, artigo 3, n. 1, a, i a iv: “I - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: a) i) a produção, a fabricação, a extração, a preparação, a oferta para venda, a distribuição, a venda, a entrega em quaisquer condições, a corretagem, o envio, o envio em trânsito, o transporte, a importação ou a exportação de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971; ii) o cultivo de sementes de ópio, do arbusto da coca ou da planta de cannabis, com o objetivo de produzir entorpecentes, contra o disposto na Convenção de 1961 em sua forma emendada; iii) a posse ou aquisição de qualquer entorpecente ou substância psicotrópica com o objetivo de realizar qualquer uma das atividades enumeradas no item i) acima; iv) a fabricação, o transporte ou a distribuição de

elaboradas nos moldes da Convenção de Viena, mantiveram a limitação ao narcotráfico como delito antecedente. Essas legislações são denominadas legislações de “primeira geração”⁴⁹³.

Posteriormente, as convenções internacionais passaram a ampliar o conceito de infração antecedente, estabelecendo um rol de crimes aptos a gerar produto ilícito passível de lavagem de dinheiro, geralmente limitado a delitos de maior gravidade. Nesse sentido seguiu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000, denominada Convenção de Palermo, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 5.015, de 2004, que determinou, em seu art. 6º, n. 2, b,⁴⁹⁴ que os Estados Parte tomassem as medidas cabíveis para relacionar como crime antecedente à lavagem de dinheiro todas as infrações graves,⁴⁹⁵ a participação em grupo criminoso organizado, a corrupção e a obstrução à justiça.⁴⁹⁶ E a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, denominada Convenção de

equipamento, material ou das substâncias enumeradas no Quadro I e no Quadro II, sabendo que serão utilizados para o cultivo, a produção ou a fabricação ilícita de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv)”.

⁴⁹³ A Espanha, antes da entrada em vigor do seu novo Código Penal, no ano de 2010, previa como delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, apenas, aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Atualmente, os crimes antecedentes são aqueles reconhecidos como graves. BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 255.

⁴⁹⁴ Convenção de Palermo, artigo 6º, n. 2, b: “2 - Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo: (...) b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados”.

⁴⁹⁵ A Convenção de Palermo define, em seu artigo 2º, b, o sentido de infração grave: “b) ‘Infração grave’ - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior”.

⁴⁹⁶ A extensão do rol de crimes antecedentes aos considerados graves também foi adotada na Directiva 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 4 de dezembro de 2001. Dispõe seu artigo 1º: “Para efeitos da presente directiva, entende-se por: (...) E. ‘Actividade criminosa’, qualquer tipo de envolvimento criminal na prática de um crime grave. Constituem crimes graves, pelo menos, os seguintes: - qualquer das infracções definidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.o da Convenção de Viena, - as actividades de organizações criminosas tal como definidas no artigo 1.o da Acção Comum 98/733/JAI(12), - a fraude, pelo menos a fraude grave, tal como definida no n.º 1 do artigo 1.º e no artigo 2.o da Convenção sobre a Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias(13), - a corrupção, - qualquer infracção que possa gerar proveitos substanciais e que seja punível com uma pesada pena de prisão, nos termos do direito penal do Estado-Membro” (tradução livre do inglês). Directiva 2001/97/CE disponível em: [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0097\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001L0097). Acesso em 07.01.2017. A Directiva 2005/60/CE que a substituiu alargou ainda mais o rol dos delitos antecedentes, incluindo, no artigo 3º, n. 5, f: “As infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa de liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração mínima superior a seis meses” (tradução livre do inglês). Directiva 2005/60/CE disponível em: [\[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32005L0060\]](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32005L0060). Acesso em 07.01.2017.

Mérida, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 5.687, de 2006, recomendou que cada Estado Parte relacionasse como delito antecedente à lavagem de dinheiro a gama mais ampla possível.⁴⁹⁷ Nessa linha, alguns ordenamentos jurídicos adotaram um rol taxativo de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, como é o caso, por exemplo, da Alemanha⁴⁹⁸. Tal modelo ficou conhecido como legislações de “segunda geração” da lavagem de dinheiro.

Finalmente, um novo conjunto de legislações, denominados de “terceira geração”, não estabeleceu um rol dos crimes antecedentes caracterizadores do crime de lavagem de dinheiro, reconhecendo essa prática em relação ao produto ou proveitos de todo e qualquer crime⁴⁹⁹.

Embora as convenções internacionais e instrumentos europeus tenham divergido no que se refere aos delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, de uma forma geral, eles mantiveram a tipificação da lavagem de dinheiro nas três formas básicas determinadas pela Convenção de Viena: (i) a conversão ou transferência de bens de origem ilícita; (ii) a ocultação ou encobrimento; e (iii) a aquisição, posse ou uso de bens de origem ilícita⁵⁰⁰.

Sob o ponto de vista subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, as primeiras Convenções e diplomas internacionais previam somente a tipificação da conduta dolosa para qualquer uma das três figuras delitivas, exigindo do agente o conhecimento da origem delitiva dos bens e, especificamente quanto ao tipo de conversão ou transferência, a finalidade específica de ocultar ou encobrir a sua origem ilícita. Assim dispunham a Convenção de Viena⁵⁰¹, a Diretiva 308/1991 das Comunidades Europeias, de 10 de junho de 1991⁵⁰², a Convenção de Palermo⁵⁰³ e a Convenção de Mérida⁵⁰⁴.

⁴⁹⁷ Dispõe a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em seu artigo 23, n. 2, *a e b*: “2. Para os fins de aplicação ou colocação em prática do parágrafo 1 do presente Artigo: a) Cada Estado Parte velará por aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à gama mais ampla possível de delitos determinantes; b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, uma ampla gama de delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”.

⁴⁹⁸ Na Alemanha, o crime de lavagem de dinheiro está definido no Código Penal, em seu artigo 261, que possui um rol taxativo, embora amplo, de delitos antecedentes. Disponível em: [<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>]. Acesso em 01.07.2017.

⁴⁹⁹ É o caso, por exemplo, das legislações da Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos, *cf.* Item 17 da Exposição de Motivos n. 692 da Lei n. 9.613/98, de 18 de dezembro de 1996.

⁵⁰⁰ AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 16-17.

⁵⁰¹ Dispõe o artigo 3, n° 1, *b, i e ii, c, i*, da Convenção de Viena: “1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: ... b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens

Ocorre que o combate e a repressão ao crime de lavagem de dinheiro foram se acentuando bastante no plano internacional. E, dentre várias medidas tomadas para intensificá-los, alguns instrumentos internacionais sugeriram a tipificação da lavagem

são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão”.

⁵⁰² Dispõe o artigo 1º da Diretiva 308/1991 das Comunidades Europeias, de 10 de junho de 1991: “*Para efeitos da presente directiva, entende-se por: (...) « Branqueamento de capitais »: as seguintes operações, efectuadas intencionalmente: - conversão ou transferência de bens, com conhecimento por parte daquele que as efectua, de que esses bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza, com o fim de encobrir ou dissimular a origem ilícita dos mesmos ou de auxiliar quaisquer pessoas implicadas nessa actividade a furtar-se às consequências jurídicas dos seus actos; - dissimulação ou encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, utilização, circulação ou posse de determinados bens ou de direitos relativos a esses bens, com conhecimento pelo autor de que tais bens provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza; - aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, quando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza; - a participação num dos actos referidos nos pontos anteriores, a associação para praticar o referido acto, as tentativas de o perpetrar, o facto de ajudar, incitar ou aconselhar alguém a praticá-lo ou o facto de facilitar a sua execução”.*

⁵⁰³ Convenção de Palermo: Art. 6º: “*Criminalização da lavagem do produto do crime. 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime; b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime; ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática”.*

⁵⁰⁴ Dispõe o artigo 23, nº 1, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: “*1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente: a) i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as consequências jurídicas de seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens o do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito; b) Com sujeição aos conceitos básicos de seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produto de delito; ii) A participação na prática de quaisquer dos delitos qualificados de acordo com o presente Artigo, assim como a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a ajuda, incitação, facilitação e o assessoramento com vistas à sua prática”.*

de dinheiro em sua figura culposa, ou na modalidade de dolo eventual, muitas vezes decorrente do mero descumprimento de deveres administrativos.

No que se refere a essa ampliação do elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, ao rastreamento, à apreensão e ao confisco de produtos de crime, denominada Convenção de Estrasburgo, de 8 de novembro de 1990, ao dispor sobre o branqueamento de capitais, em seu artigo 6º, nº 3, letra *a*, estabeleceu que a Parte poderá adotar, nos termos de seu direito interno, caráter de infração penal as condutas relacionadas no nº 1, quando o autor “*devia presumir que o bem constituía um produto*”⁵⁰⁵. A Convenção sugeriu, portanto, a tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro, quando o autor deveria presumir que o bem era produto de crime⁵⁰⁶.

Nesse mesmo sentido, a Convenção do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime e ao financiamento do terrorismo, adotada em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, sugere, em seu artigo 9º, n. 3, *a e b*, que seja considerado crime a prática da lavagem quando “*o autor suspeitou que o bem constituía um produto; o autor deveria ter presumido que o bem constituía um produto*”⁵⁰⁷.

A tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro foi uma das medidas adotadas por alguns países, como Espanha⁵⁰⁸, Alemanha⁵⁰⁹ e Luxemburgo⁵¹⁰, para intensificar o combate à lavagem de dinheiro.

⁵⁰⁵ Dispõe o artigo 6º, n. 3, *a*, da Convenção de Estrasburgo: “*Artigo 6º. Infracciones de blanqueo. 3. Cada una de las Partes puede adoptar las medidas que considere necesarias para conferir, en virtud de su derecho interno, carácter de infracciones penales a todos o a una parte de los actos referidos en el nº 1, en un o en todos los casos siguientes cuando el autor: a) Debía presumir que el bien constituía un producto*”. Disponível em: [<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar70-1997.pdf>]. Acesso em 07.01.2017.

⁵⁰⁶ No mesmo sentido, mas asseverando que a conduta culposa seria configurada quando se ignora que o objeto constitui proveito econômico proveniente de um delito: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Instrumentos Jurídicos Frente a la Globalización de los Mercados (En el ejemplo del blanqueo de capitales). In ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DIAZ-SANTOS, M^a Rosário (coord.). **El Derecho Penal Ante la Globalización**. Madrid: COLEX, 2002, p. 97-98.

⁵⁰⁷ Disponível em: [http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ce/rar-82_2009.htm]. Acesso em 07.01.2017. Informando que essa também foi uma das recomendações dirigidas aos Estados Membros da União Europeia, no Plano de Ação contra o Crime Organizado, aprovado em junho de 1997 pelo Conselho Europeu de Amsterdam. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Análisis sustantivo del delito (II): cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria, la comisión culposa, nuevas orientaciones en derecho comparado. In **Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 305.

⁵⁰⁸ Na Espanha, o crime de lavagem de dinheiro está disposto no artigo 301 do Código Penal. As condutas dolosas estão definidas nos nºs 1 e 2 do referido artigo, enquanto a modalidade culposa vem prevista em

No que se refere à responsabilidade penal pelo descumprimento de deveres administrativos, a legislação da Suíça tipifica como crime o descumprimento de obrigações impostas aos operadores financeiros⁵¹¹. Tal delito, contudo, não pode ser considerado uma espécie de lavagem de dinheiro, pois não exige para sua tipificação a origem ilícita dos bens, direitos ou valores, elemento essencial para caracterização do crime de lavagem de dinheiro⁵¹².

As Convenções e os demais instrumentos internacionais acima mencionados tiveram forte impacto na legislação brasileira, a começar pela Convenção de Viena, sendo seguida pela Convenção de Palermo e de Varsóvia. O crime de lavagem de dinheiro foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.613/98⁵¹³, que entrou em vigor no dia 4 de março de 1998, em que, além dos aspectos penais e

seu n° 3, que dispõe: “*Se os feitos se realizem por imprudência grave, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa no mesmo valor ao triplo*”.

⁵⁰⁹ Na Alemanha, o crime de lavagem de dinheiro está definido no Código Penal, em seu artigo 261. A previsão da conduta culposa é encontrada no artigo 261, n° 5: “*Quem, no caso do subparágrafo 1 ou 2, por negligência temerária, não reconhecer que o objeto se origina de um dos atos ilícitos do subparágrafo 1, é apenado com pena privativa de liberdade até dois anos ou multa*” (tradução livre do inglês). Disponível em: [http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm]. Acesso em 07.01.2017.

⁵¹⁰ Em Luxemburgo, a lavagem de dinheiro foi definida pela Lei de 7 de julho de 1989, que inseriu os artigos 8.1 e 8.2 ao artigo 8° da Lei de 19 de fevereiro de 1973, lei de drogas. Portanto, a lavagem de dinheiro, nesse caso, se refere, apenas, aos direitos, bens e valores oriundos do tráfico de drogas. A modalidade culposa é encontrada na parte final do n° 8.1, que tipifica a conduta daquele que, “*por ignorância de suas obrigações profissionais, prestou assistência em qualquer operação de colocação, ocultação ou conversão do produto de tal infração*” (tradução livre do francês). Disponível em: [http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1989/07/07/n1/jo]. Acesso em 07.01.2017.

⁵¹¹ Na Suíça, a previsão está contida Código Penal Suíço, art. 305-terceiro, que dispõe: “*Aquele que, no exercício de sua profissão, aceitou, manteve em depósito ou ajudou a investir ou transferir ativos pertencentes a um terceiro que se omite para verificar a identidade da pessoa com direito econômico com a vigilância que as circunstâncias o exigirem, será punido com uma pena de prisão de um ano ou multa*” (tradução livre do francês). Disponível em [https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/201701010000/311.0.pdf]. Acesso em 07.01.2017.

⁵¹² Destaca Javier Alberto Zaragoza Aguado que: “*se trata de una figura delictiva que adelanta las barreras de protección penal al prescindir de un elemento normativo consustancial a cualquier modalidad de blanqueo o receptación: el origen ilícito de los fondos o bienes*” Zaragoza Aguado, Javier Alberto. Análisis sustantivo del delito (II), cit., p. 316.

⁵¹³ O crime de lavagem de dinheiro e as condutas equiparadas estão previstas no artigo 1º, que dispõe: “*Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei*”.

processuais penais, impôs uma série de obrigações aos sujeitos que lidam com setores sensíveis, com o fim de ajudar na prevenção da lavagem de dinheiro.

Quanto aos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, o Brasil havia adotado uma posição intermediária em relação aos modelos em vigor em outros países, aproximando-se das legislações da “segunda geração”, ao prever um rol taxativo de crimes antecedentes⁵¹⁴. Conduto, por força das influências internacionais, houve um significativo aumento das formas de repressão contra a lavagem de dinheiro no ordenamento nacional. No ano de 2012, entrou em vigor a Lei 12.683, de 09.07.2012, que, entre as diversas modificações à legislação até então existente, extinguiu o rol de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro, reconhecendo sua prática se os bens, valores ou direitos forem provenientes de qualquer infração penal, assim entendendo crimes ou contravenções penais⁵¹⁵. Além disso, referida lei ampliou os deveres administrativos relacionados ao controle e combate da lavagem de dinheiro, bem como o rol dos sujeitos obrigados.

Antes de se adentrar na análise dos tipos penais de lavagem de dinheiro, serão analisados os aspectos relacionados à política criminal no controle da lavagem de dinheiro, quem são os sujeitos obrigados a colaborar na prevenção da lavagem e quais são as obrigações administrativas a eles impostas.

⁵¹⁴ Quando a Lei 9.613/98 foi editada, os crimes antecedentes à lavagem de dinheiro, definidos nos incisos do artigo 1º da Lei 9.613/98, eram: “I – tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; II – o terrorismo; III – contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro; V – contra a Administração Pública, inclusive 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”. Posteriormente, a Lei 10.467, de 11.06.2002, inseriu o inciso VIII ao artigo 1º da Lei n. 9.613/98, incluindo no rol dos crimes antecedentes aqueles praticados por particular contra a administração pública estrangeira, definidos nos artigos 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal. Finalmente, a Lei 10.701, de 09.07.2003, incluiu, no inciso II, o financiamento do terrorismo.

⁵¹⁵ Conforme esclarece Pierpaolo Bottini: “A atual redação da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) prevê que todas as infrações penais podem ser antecedentes do crime em comento. 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” BOTTINI, Pierpaolo. Dos tipos penais. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p 99.

4.4 Política criminal de controle da lavagem de dinheiro e a imposição de deveres de vigilância no âmbito financeiro bancário: o estabelecimento de um modelo penal preventivo

A política criminal de controle da lavagem de dinheiro determinou o surgimento de deveres administrativos de vigilância, impondo às pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores sensíveis, em especial no âmbito financeiro, deveres de fiscalizar clientes e operações suspeitas de prática de lavagem de dinheiro. Embora esses deveres sejam atinentes à seara administrativa, questiona-se se o não cumprimento de tais deveres poderia acarretar a imputação do crime de lavagem de dinheiro às pessoas físicas, a título de omissão imprópria.

A criação legal de deveres de fiscalização, impondo um agir a tais operadores financeiros, faz com que seja necessário analisar se tais agentes do mercado podem ou não ser considerados garantes, e conseqüentemente, se sua omissão torna-se penalmente relevante. O tema é de vital importância para a finalidade do presente estudo, para que se defina a quem, no âmbito das instituições financeiras, pode ser imputado um crime de lavagem de dinheiro na forma de omissão imprópria.

Para tanto, será necessário analisar, inicialmente, qual a razão de o Estado, na política de prevenção à lavagem de dinheiro, impor determinados deveres a alguns sujeitos; quem são os sujeitos atingidos; e, por fim, verificar qual o conteúdo de tais deveres.

A fim de acompanhar as novas modalidades de lavagem de dinheiro, aprimorando sua identificação, com a finalidade de reprimi-las, foram instituídos grupos compostos por especialistas e autoridades públicas. Um dos mais importantes, no plano internacional, é o GAFI, que frequentemente expede recomendações sobre técnicas de combate e repressão à lavagem de dinheiro⁵¹⁶.

Uma das maiores preocupações do sistema internacional antilavagem de dinheiro é a prevenção do crime, a qual é feita, principalmente pelo sistema financeiro, a quem são impostas as maiores obrigações. Em razão de sua importância na prevenção

⁵¹⁶ Conforme esclarece Carla de Carli, o GAFI “*examina as técnicas e as tendências de lavagem de dinheiro, revisa as medidas já tomadas em nível internacional e expõe as providências que ainda precisariam ser adotadas para combater o delito*” CARLI, Carla Veríssimo de. Sistema internacional antilavagem de dinheiro. In **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Coord. Carla Veríssimo de Carli. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 32.

da lavagem, foi criado o Grupo de Egmont, em 1995, com a finalidade de facilitar a cooperação, o qual interliga todas as Unidades de Inteligência Financeira – UIFs –, as quais são responsáveis por recolher, analisar e disseminar as informações recebidas por instituições financeiras e não financeiras, relativamente a transações suspeitas⁵¹⁷.

Influenciados pelas recomendações internacionais⁵¹⁸, os países, internamente, procuram instituir um sistema de controle e prevenção das operações de lavagem de dinheiro. No Brasil, esse controle é realizado tanto diretamente pelo Estado, através de sua Unidade de Inteligência Financeira, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), quanto indiretamente, por meio de imposição de obrigações a pessoas físicas e jurídicas privadas.

A criação do COAF foi determinada pela Lei 9.613/98⁵¹⁹. Sua natureza é administrativa, isso significa que não cabe a ele iniciar processos judiciais ou impor medidas de correções. Em seu campo de inteligência, o COAF é responsável por sistematizar as informações recebidas pelos agentes obrigados, analisar as operações ilegais ou atípicas, e comunicá-las aos órgãos competentes para a investigação ou a persecução penal, como a Polícia e o Ministério Público. Possui, também, um campo

⁵¹⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. Sistema internacional antilavagem de dinheiro, cit., p. 43.

⁵¹⁸ Além da Convenção de Viena, que já promulgava formas de cooperação para detectar e reprimir o delito de lavagem de dinheiro, foram emitidas algumas orientações específicas de prevenção de lavagem de dinheiro para instituições financeiras, como as medidas propostas pelo Comitê de Basileia, conhecidas como Basileia I, de 1988, e Basileia II, de 2004.

⁵¹⁹ Lei 9.613/98: “Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. § 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12. § 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. § 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito. Art. 16. O Coaf será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Previdência Social e da Controladoria-Geral da União, atendendo à indicação dos respectivos Ministros de Estado. § 1º O Presidente do Conselho será nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda. § 2º Das decisões do COAF relativas às aplicações de penas administrativas caberá recurso ao Ministro de Estado da Fazenda. Art. 17. O COAF terá organização e funcionamento definidos em estatuto aprovado por decreto do Poder Executivo”.

regulatório, em que são elaboradas regras voltadas aos setores sensíveis à lavagem de dinheiro. Por fim, possui atividade repressiva, limitada à instaurar processos administrativos e aplicar sanções de mesma natureza⁵²⁰. De se esclarecer que as atividades regulatórias e repressivas são dirigidas, apenas, aos setores que não contam com órgão regulatório próprio, tais como *factoring*, comércio de joias, pedras e metais preciosos, comércio de obras de arte e bens de luxo⁵²¹.

Para os setores que possuem órgão regulatório próprio, será este o responsável pela normatização e os processos administrativos. É assim que, para as instituições financeiras, o órgão regulatório é o Banco Central do Brasil; para os agentes de custódia, emissão, distribuição, liquidação de títulos ou valores mobiliários, é a Comissão de Valores Mobiliários. Porém, mesmo para esses setores, o COAF permanece atuando no seu campo de inteligência.

Além do poder público, as instituições privadas e os particulares envolvidos nos setores sensíveis à lavagem de dinheiro também possuem deveres no campo da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro⁵²². A lavagem de dinheiro, especialmente por ser realizada através de operações em si lícitas, embora com recursos de origem ilícita, por vezes com mescla de recursos lícitos com ilícitos, é de difícil identificação. E, sem a ajuda desses colaboradores, a atuação na prevenção do crime seria ainda mais difícil. A necessidade de implementação de um sistema de colaboração de instituições financeiras foi considerada na Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, tendo como pilar fundamental os artigos 144 e 192 da Constituição Federal⁵²³.

⁵²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 147-148.

⁵²¹ Verifica-se do Relatório de atividades de 2015 do COAF: “Até o ano de 2012, as Averiguações Preliminares envolviam predominantemente o segmento de fomento comercial (*factoring*). A partir de 2013 o COAF ampliou os processos de fiscalização também junto ao segmento de joias, pedras e metais preciosos. Nos anos de 2014 e 2015, com a regulação do setor de bens de luxo ou de alto valor, este também passou a representar importante parcela do montante total de Averiguações concluídas pelo COAF”, disponível em: [<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/3-3-relatorio-de-atividades-2015-versao-site.pdf>]. Acesso 10.12.2016.

⁵²² A imposição da colaboração de particulares é vista como sendo o reconhecimento da incapacidade do Estado no combate à lavagem de dinheiro: “Além do acentuado caráter transnacional, as estratégias dos diversos países de combate à lavagem de dinheiro têm como elemento comum o reconhecimento da incapacidade do Poder Público para prevenir ou investigar tal delito sem a colaboração das instituições privadas que atuam nos setores mais sensíveis à prática do crime” BOTTINI, Pierpaolo. Políticas de combate à lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 40.

⁵²³ Exposição de Motivos da Lei 9.613/98: “82. A ideia de compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e os setores da atividade econômica utilizados para a lavagem de dinheiro encontra um fundamento teórico e outro prático. 83. O fundamento teórico para essa divisão de tarefas parte do

Marco Antonio de Barros identifica três objetivos para a imposição de deveres aos particulares que exercem atividades em setores sensíveis à lavagem de dinheiro:

“(a) evitar que o sistema financeiro e os setores produtivos da economia sejam utilizados no chamado processo de lavagem de dinheiro; (b) sensibilizar a sociedade para o fato de que não se pode atribuir o controle de fiscalização das operações ilegais exclusivamente aos órgãos repressores do Estado. Acrescenta-se um terceiro motivo a justificar a adoção desta política pública de prevenção contra o crime de lavagem, qual seja, o da necessidade de se colher subsídios que efetivamente possam proporcionar o sucesso da persecutio criminis in judicio (persecução penal em juízo)”⁵²⁴.

Quando foi editada a Lei 9.613/98, apenas as pessoas jurídicas que atuavam em setores sensíveis tinham deveres de vigilância no controle da lavagem de dinheiro. Posteriormente, com as alterações trazidas pela Lei 12.683/2012, as pessoas físicas que atuam nos setores sensíveis também passaram a ter tais deveres. Todas as pessoas obrigadas, físicas e jurídicas, estão relacionadas no art. 9º da Lei 9.613/98.

Para esses sujeitos que possuem o dever de contribuir com o poder público na prevenção da ocorrência de lavagem de dinheiro, a lei estabelece deveres, cujo descumprimento está sujeito à responsabilização civil e administrativa. Esses deveres

princípio de que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem não deve ficar restrita tão-só aos órgãos do Estado, mas também deve envolver toda a sociedade, tendo em vista o potencial desestabilizador dos crimes que se utilizam com maior vigor dos processos de lavagem. Assim, como certos setores da economia são utilizados como via para a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que acaba por contaminar as atividades lícitas desenvolvidas por esses setores, e, por conseguinte, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores, nada mais lógico do que fazer com que assumam ônus e responsabilidades no combate de uma atividade delituosa que os atinge diretamente. De resto, tal participação fortalecerá a imagem desses setores perante a comunidade em que desenvolvam as suas atividades. 84. De fato, uma comunidade organizada sobre o primado do Direito não se coaduna com qualquer prática delituosa, estando implícito o dever imputado a todos de participar e de colaborar no combate a práticas por ela repudiadas e que, se não combatidas, acabarão por implodir o tecido social, pela corrosão dos alicerces da vida em coletividade. 85. Essa idéia de co-participação no combate às atividades ilícitas está, inclusive, consagrada no art. 144 da Constituição Federal, que deixa claro que a segurança pública é um dever do Estado, mas também é um direito e uma responsabilidade de todos. No mesmo sentido e de forma mais específica, já no que concerne ao Sistema Financeiro Nacional, o art. 192 do texto constitucional estabelece que ele deverá ser ‘estruturado de forma (...) a servir aos interesses da coletividade’. 86. Ao lado disso, há razões de ordem prática que justificam esse compartilhamento, na medida em que esses setores, pela proximidade com os seus clientes, dispõe de maiores condições para diferenciar operações lícitas de operações ilícitas. 87. Ressalte-se, ainda, que o simples estabelecimento de um regime administrativo de combate aos crimes de lavagem, com a participação direta dos setores que normalmente são utilizados nesse processo, constitui um importante fator de inibição da utilização desses setores na lavagem de dinheiro”.

⁵²⁴ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**, cit., p. 275.

estão dispostos nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98, que tratam, respectivamente, do dever de identificação de clientes e manutenção de registro de atividades, de um lado; e do dever de comunicar operações suspeitas de lavagem de dinheiro, de outro. As consequências administrativas pelo descumprimento dessas obrigações estão elencadas no artigo 12 da referida lei.

4.4.1 Deveres no controle da lavagem de dinheiro no sistema financeiro bancário

O presente trabalho não tem o intuito de analisar todas as peculiaridades atinentes aos deveres de prevenção à lavagem de dinheiro, mas tão somente os relativos às Instituições Financeiras Bancárias, em que estão incluídos os Bancos Comerciais, Bancos Comerciais Cooperativos, as Caixas Econômicas, as Cooperativas de Crédito e os Bancos Múltiplos em Carteira Comercial⁵²⁵. Especificamente no que se refere a tais instituições, os sujeitos obrigados estão dispostos nos incisos I e II do art. 9º:

“Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial”.

As Instituições Financeiras Bancárias, Não-Bancárias e Especiais, que atuam nos setores sensíveis da lavagem de dinheiro, estão sujeitas ao papel regulador que o Banco Central do Brasil exerce, seguindo as diretrizes do Conselho Monetário Nacional, bem

⁵²⁵ Embora não sejam objeto de estudo, apenas a título de conhecimento, são Instituições Financeiras Não-Bancárias: Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento, Sociedades de Arrendamento Mercantil (Leasing), Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento (Financeiras), Companhias Hipotecárias, Agências de Fomento ou de Desenvolvimento, Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e Bancos Múltiplos (sem Carteira Comercial ou de Crédito Imobiliário). São Instituições Financeiras de Natureza Especial: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco da Amazônia, Banco do Nordeste do Brasil, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE. Disponível em: [<http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/BC%20e%20Universidade%2013.4.2007.pdf>]. Acesso em 11.12.2016.

como a sua atividade de fiscalização e imposição de sanções administrativas decorrentes do descumprimento de tais deveres⁵²⁶.

4.4.1.1 Dever de identificação dos clientes e de manutenção dos registros das transações financeiras

O primeiro rol de deveres impostos pela Lei 9.613/98 está disposto no artigo 10. O inciso I determina que todos os sujeitos elencados no art. 9º “*identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes*”. O BACEN, por meio da Circular 3.461, de 2009, em seu art. 2º, especifica quais as informações cadastrais dos clientes que são exigidas, tais como qualificação completa, endereço, número de telefone, etc. Exigência relevante é o dever de conhecer, no caso de pessoas físicas, a renda mensal e o patrimônio; para as pessoas jurídicas, o faturamento médio mensal referente aos doze meses anteriores. A Circular ainda determina que as informações relativas a cliente pessoa física devem abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, e que, em relação às pessoas jurídicas, deve estar relacionada a cadeia de participação societária, até alcançar a pessoa natural caracterizada como beneficiária final⁵²⁷. Nos termos do § 2º do artigo 10 da Lei 9.613/98, bem como do artigo 11, inciso III, da Circular 3.461, de 2009, o prazo para manutenção desses registros é de 5 (cinco) anos.

No que se refere à identificação de clientes, é importante destacar a necessidade imposta pelo Banco Central de definir quem são as Pessoas Expostas Politicamente – PEP –, as quais deverão ter essa característica informada nos registros. De acordo com o § 1º do artigo 4º da Circular 3.461, de 2009, consideram-se Pessoas Expostas Politicamente:

“Consideram-se PEP os agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiros, cargos, empregos ou

⁵²⁶ Lei 4.595/64: “Art. 10. *Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) X - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas*”.

⁵²⁷ Artigos 2º e 3º da Circular 3.461, de 24/07/2009, disponível em: [\[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v5_P.pdf\]](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47555/Circ_3461_v5_P.pdf). Acesso 10.12.2016.

*funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo*⁵²⁸.

Marco Antonio de Barros destaca que, além da orientação de conhecer seu cliente (*know your customer*), em países com políticas mais avançadas, já se evoluiu para o estágio de conhecer o cliente de seu cliente (*know your customer's customer*)⁵²⁹.

O inciso II do art. 10 da Lei 9.613/98 dispõe sobre a manutenção de registros de operações, determinando que:

“manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”.

O limite fixado pelo Banco Central é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao mês, valor este que pode ser objeto de uma única operação ou de várias operações realizadas com uma mesma pessoa, ou com conglomerado financeiro ou grupo. Porém, além de poder identificar que as operações ultrapassem esse valor, os registros de todos os serviços financeiros prestados e de todas as operações financeiras realizadas com seus clientes ou em seu nome deverão: permitir verificar a compatibilidade entre a movimentação de recursos e a atividade econômica e capacidade financeira do cliente; a origem dos recursos movimentados; os beneficiários das movimentações; e se tais operações configuram artifício que objetive burlar os mecanismos de identificação, controle e registro⁵³⁰. Nos termos do artigo 11, inciso II, da Circular 3.461, de 2009, o prazo para manutenção desses registros é de 5 (cinco) anos.

Além das operações mencionadas acima, determina o BACEN que sejam feitos registros de depósitos em cheque, liquidação de cheques depositados em outra Instituição Financeira e da utilização de instrumentos de transferência de recursos, cujo

⁵²⁸ As especificações sobre as Pessoas Expostas Politicamente estão descritas no artigo 4º da Circular 3.461, de 24/07/2009, e complementadas no artigo 7º da Carta Circular 3.430, de 2010. Esta última disponível em: [\[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49668/C_Circ_3430_v1_O.pdf\]](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49668/C_Circ_3430_v1_O.pdf). Acesso 10.12.2016.

⁵²⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*, cit., p. 358.

⁵³⁰ Artigo 6º da Circular 3.461, de 24/07/2009.

limite fixado é de R\$ 1.000,00 (mil reais)⁵³¹, e o prazo para manutenção destes registros é de 10 (dez) anos, nos termos do inciso I do artigo 11 da Circular 3.461, de 2009.

O Banco Central exige, também, a obrigatoriedade de registros referentes a cartões pré-pagos, em montante igual ou superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)⁵³². Por fim, devem ser mantidos os registros de movimentação em espécie, ou de pedido de provisionamento para saque, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou mais⁵³³. Os registros relativos aos cartões pré-pagos e à movimentação em espécie deverão ser armazenadas pelo prazo de 5 (cinco) anos, conforme o artigo 11, inciso II, da Circular 3.461, de 2009.

O inciso III do artigo 10 da Lei 9.613/98 prevê o dever de adoção de políticas internas de *compliance*: “III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”⁵³⁴.

Trata-se de atividade de *compliance*, que remonta a uma ideia geral de fidelidade ao Direito, mas pode ser compreendido em um significado mais restrito, de se implementar estruturas tendentes a garantir essa fidelização ao Direito⁵³⁵. Pode-se compreender o *compliance* como a implementação de mecanismos empresariais com o fim de evitar e detectar infrações legais de uma forma geral, englobando vários setores jurídicos, sejam eles administrativos, societários ou criminais⁵³⁶. Inserido dentro de um conceito amplo de *compliance*, tem-se o denominado *criminal compliance*, que se refere

⁵³¹ Artigo 7º da Circular 3.461, de 24/07/2009.

⁵³² Artigo 8º da Circular 3.461, de 24/07/2009.

⁵³³ Artigo 9º da Circular 3.461, de 24/07/2009.

⁵³⁴ O dever de se adotar essas políticas internas foi incluído na Lei 9.613/98 somente com a alteração sofrida com a Lei 12.683/12. Antes, esses deveres eram estabelecidos apenas com a Resolução do Banco Central 2.554/98, com suas posteriores alterações, disponível em: [http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45273/Res_2554_v1_O.pdf]. Acesso em 13.12.2016.

⁵³⁵ BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilancia em la empresa. Trad. Ivó Coca Vila. In *Compliance y teoria del Derecho Penal*. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 107.

⁵³⁶ NIETO MARTÍNS, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo em el derecho penal. In *Compliance y teoria del Derecho Penal*. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Lima: Palestra, 2014, p. 53.

especificamente à implementação de medidas a fim de assegurar o cumprimento de normas penais, evitando-se a lesão a bens jurídicos tutelados penalmente⁵³⁷.

No caso da Lei 9.613/98, a implementação de um setor de *compliance* tem como objetivo cumprir de forma regular as medidas impostas pelo legislador na prevenção da lavagem de dinheiro. Sua característica principal é atuar de forma preventiva, fiscalizando se estão sendo atendidas as normas legais e regulamentares, conscientizando os dirigentes e demais empregados sobre o que é permitido e o que é vedado e, principalmente, sobre como identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro. É o que explica Marco Antonio de Marros:

“Depreende-se que a divisão de compliance de uma empresa não se confunde com o seu departamento jurídico e nem com o setor de auditoria. Por exemplo, na estrutura de uma instituição bancária, o compliance faz o papel de ‘investigador’ institucional, atuando preventivamente na área de fiscalização do cumprimento de normas legais, estatutárias e regimentos internos. Os programas de compliance são utilizados para transmitir aos dirigentes e aos funcionários o conhecimento sobre as leis e demais normas regulamentares. Igualmente servem para conscientizá-los a respeito do que é ou não permitido, orientá-los em relação à identificação de possíveis desvios de conduta e suas correspondentes punições e ainda para corrigi-los, antes que o problema se formalize perante as autoridades administrativas competentes. Em linhas gerais, o departamento de compliance de uma empresa tem como foco principal garantir o cumprimento das normas regulamentares e dos processos internos, prevenindo, controlando ou tentando mitigar os riscos legais, regulatórios ou inerentes à sua reputação envolvidos nas atividades da instituição”⁵³⁸.

Trata-se, principalmente, de obrigações administrativas, mas que englobam, também, deveres com implicações no âmbito penal.

⁵³⁷ “La ciencia del criminal compliance se ocupa por tanto de la cuestión de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas que la dirección empresarial en el marco de su deber de supervisión debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados” BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilância em la empresa, cit., p. 108.

⁵³⁸ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**, cit., p. 356-357.

A estrutura do *compliance* dependerá do tamanho da instituição financeira e deve ser estabelecida de forma a atender suas necessidades. Deve haver, ao menos, uma pessoa responsável pelo *compliance*, denominado de *compliance officer*. Mas em instituições financeiras de maior porte, pode haver um setor de *compliance*, cujo chefe será o *chief compliance officer*, e poderá contar com empregados a ele subordinados que o auxiliarão em suas tarefas. A depender da estrutura organizacional do banco, o *chief compliance officer* pode se reportar diretamente à presidência da instituição financeira ou ao conselho de administração⁵³⁹. Pode haver, inclusive, um comitê de *compliance* ao qual serão submetidas as decisões do *chief compliance officer*⁵⁴⁰.

Ao BACEN incumbe estabelecer os critérios e requisitos dessas áreas de *compliance* nas instituições financeiras⁵⁴¹.

⁵³⁹ Nesse sentido: Silva Sánchez, “*al compliance officer le corresponde la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento en cuanto a la obtención de conocimiento; y la transmisión de la información obtenida a sus superiores, a fin de que se corrijan las conductas defectuosas o los estados de cosas peligrosas constatadas*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 104.

⁵⁴⁰ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 56-57.

⁵⁴¹ Atualmente, estão em vigor as medidas impostas pela Circular 3.461, de 24/07/2009: “Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem implementar políticas, procedimentos e controles internos, de forma compatível com seu porte e volume de operações, destinados a prevenir sua utilização na prática dos crimes de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. § 1º As políticas de que trata o caput devem: I - especificar, em documento interno, as responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição; II - contemplar a coleta e registro de informações tempestivas sobre clientes, que permitam a identificação dos riscos de ocorrência da prática dos mencionados crimes; III - definir os critérios e procedimentos para seleção, treinamento e acompanhamento da situação econômico-financeira dos empregados da instituição; IV - incluir a análise prévia de novos produtos e serviços, sob a ótica da prevenção dos mencionados crimes; V - ser aprovadas pelo conselho de administração ou, na sua ausência, pela diretoria da instituição; VI - receber ampla divulgação interna. § 2º Os procedimentos de que trata o caput devem incluir medidas prévia e expressamente estabelecidas, que permitam: I - confirmar as informações cadastrais dos clientes e identificar os beneficiários finais das operações; II - possibilitar a caracterização ou não de clientes como pessoas politicamente expostas. § 3º Para os fins desta circular, considera-se cliente eventual ou permanente qualquer pessoa natural ou jurídica com a qual seja mantido, respectivamente em caráter eventual ou permanente, relacionamento destinado à prestação de serviço financeiro ou à realização de operação financeira. § 4º Os procedimentos de que trata o caput devem ser reforçados para início de relacionamento com: I - instituições financeiras, representantes ou correspondentes localizados no exterior, especialmente em países, territórios e dependências que não adotam procedimentos de registro e controle similares aos definidos nesta circular; II - clientes cujo contato seja efetuado por meio eletrônico, mediante correspondentes no País ou por outros meios indiretos. § 5º As políticas e procedimentos internos de controle de que trata o caput devem ser implementados também pelas dependências e subsidiárias situadas no exterior das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. § 6º O diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta Circular, nos termos do art. 18, deve informar por escrito ao Banco Central do Brasil sobre a existência de legislação ou

Por sua vez, a FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos –, também, elaborou uma cartilha denominada “Cartilha Função Compliance” a fim de esclarecer as funções do *compliance officer*⁵⁴². Além dessas normativas, não há qualquer outra norma que especifique como deve ser estruturado o departamento de *compliance*, nem quais os procedimentos padrões a serem tomados. Geralmente, é o próprio setor de *compliance* que procura estruturar essas medidas, sempre em atenção às legislações e normas já editadas.

Entre as principais medidas, pode-se destacar a necessidade de especificação das responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico⁵⁴³, estabelecer medidas para identificar a tempo os riscos de ocorrência de lavagem de dinheiro, estabelecer critérios para selecionar e treinar os empregados. Uma das mais importantes tarefas do *compliance officer* é a de informar o COAF sobre as atividades atípicas ou suspeitas de lavagem de dinheiro, como se verá mais adiante.

A Lei 9.613/98 estipula, ainda, no inciso IV do artigo 10, que os sujeitos obrigados: “IV - deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas”. Esta medida tem como objetivo facilitar a atividade de fiscalização realizada pelos órgãos reguladores⁵⁴⁴.

Por fim, o artigo 10, em seu inciso V, determina que “V - deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas”. Atualmente, o COAF tem poder de requisitar dos sujeitos-obrigados as informações relativas ao sistema antilavagem, tais como identificação dos clientes,

regulamentação que impeça ou limite a aplicação do disposto no § 5º a suas dependências e subsidiárias situadas no exterior”.

⁵⁴²

Disponível

em:

[<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>].

Acesso em 13.12.2016.

⁵⁴³ “A existência de normas internas de atribuições e responsabilidade é elemento central na política de prevenção à lavagem de dinheiro, de forma que a primeira preocupação do responsável pelo setor de *compliance* deve ser a sua revisão. Além de permitir a setorização das atividades, contribuindo para a eficiência no reconhecimento de operações suspeitas, confere eficácia à política interna porque evita a duplicidade de atividades e a superposição de tarefas. Ademais, ao delimitar as funções e atribuições de cada integrante da instituição, impede a responsabilização solidária e indiscriminada em casos de descumprimento de normas de prevenção/combates à lavagem de dinheiro” BOTTINI, Pierpaolo. Programas de *compliance* voltados à prevenção da lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 60-61.

⁵⁴⁴ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**, cit., p. 360.

cadastro e registro das operações realizadas, sem a necessidade de intervenção do Judiciário, de autorização judicial⁵⁴⁵.

4.4.1.2 Dever de comunicação de operações financeiras suspeitas

No artigo 11 da Lei 9.613/98, está disposto o segundo rol de deveres impostos aos sujeitos obrigados do artigo 9º. O inciso I determina que tais pessoas “*dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se*”.

Para que possa ser possível a efetivação desse dever, é imprescindível que as instituições se dediquem a instruir e capacitar seus empregados, e que as atualizações sejam constantes. As instituições financeiras, em sua grande maioria, já implementaram um departamento de *compliance*, e estão dotadas de pessoal capacitado para identificar as operações que possam constituir crimes de lavagem de dinheiro⁵⁴⁶.

A Circular 3.461, de 2009, em seu artigo 10, elenca algumas situações e operações que demandam especial atenção às instituições financeiras. Porém, mais detalhada é a Carta Circular 3.542, de 2012, emitida pelo Banco Central, em que relaciona operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei 9.613/98, passíveis de comunicação ao COAF, sempre considerando as partes envolvidas, os valores, as frequências, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal⁵⁴⁷.

Na Carta Circular 3.542, de 2012, são relacionadas diversas situações que podem ser consideradas atípicas ou suspeitas⁵⁴⁸. Quanto às situações relacionadas com operações em espécie em moeda nacional, podem ser mencionadas, entre outras, saques de valores incompatíveis com a situação econômica do cliente, aumento substancial no

⁵⁴⁵ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**, cit., p. 361.

⁵⁴⁶ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**, cit., p. 376-377.

⁵⁴⁷ Carta Circular 3.542, de 12.03.2012, disponível em: [\[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf\]](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf). Acesso 10.12.2016.

⁵⁴⁸ Também a FEBRABAN instituiu um normativo de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, disponível em: [\[http://www.autorregulacaobancaria.org.br/pdf/Normativo_SARB_011_2013_PLDCFT.pdf\]](http://www.autorregulacaobancaria.org.br/pdf/Normativo_SARB_011_2013_PLDCFT.pdf). Acesso em 13.12.2016.

volume de depósitos em espécie e fragmentação de depósitos em espécie⁵⁴⁹. No que se refere a situações relacionadas com operações em espécie, em moeda estrangeira e cheques de viagem, destacam-se as negociações em moeda estrangeira que não apresentam compatibilidade com a natureza da operação informada e negociações em moeda estrangeira em municípios localizados em regiões de fronteira⁵⁵⁰. Há também situações relacionadas com dados cadastrais de clientes⁵⁵¹, com a movimentação de

⁵⁴⁹ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “I - situações relacionadas com operações em espécie em moeda nacional: a) realização de depósitos, saques, pedidos de provisionamento para saque ou qualquer outro instrumento de transferência de recursos em espécie, que apresentem atipicidade em relação à atividade econômica do cliente ou incompatibilidade com a sua capacidade econômico-financeira; b) movimentações em espécie realizadas por clientes cujas atividades possuam como característica a utilização de outros instrumentos de transferência de recursos, tais como cheques, cartões de débito ou crédito; c) aumentos substanciais no volume de depósitos em espécie de qualquer pessoa natural ou jurídica, sem causa aparente, nos casos em que tais depósitos forem posteriormente transferidos, dentro de curto período de tempo, a destino não relacionado com o cliente; d) fragmentação de depósitos, em espécie, de forma a dissimular o valor total da movimentação; e) realização de depósitos de grandes valores em espécie, de forma parcelada, especialmente em regiões geográficas de maior risco, principalmente nos mesmos caixas ou terminais de autoatendimento próximos, destinados a uma única conta ou a várias contas em municípios ou agências distintas; f) movimentação de recursos em espécie em municípios localizados em regiões de fronteira, que apresentem indícios de atipicidade ou de incompatibilidade com a capacidade econômico-financeira do cliente; g) realização de depósitos em espécie em contas de clientes que exerçam atividade comercial relacionada com negociação de bens de luxo ou de alto valor, tais como obras de arte, imóveis, barcos, joias, automóveis ou aeronaves executivas; h) realização de saques em espécie de conta que receba diversos depósitos por transferência eletrônica de várias origens em curto período de tempo; i) realização de depósito em espécie com cédulas úmidas, malcheirosas, mofadas, ou com aspecto de que foram armazenadas em local impróprio ou ainda que apresentem marcas, símbolos ou selos desconhecidos, empacotadas em maços desorganizados e não uniformes; e j) realização de depósitos ou troca de grandes quantidades de cédulas de pequeno valor, realizados por pessoa natural ou jurídica, cuja atividade ou negócio não tenha como característica recebimentos de grandes quantias de recursos em espécie”.

⁵⁵⁰ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “II - situações relacionadas com operações em espécie em moeda estrangeira e cheques de viagem: a) movimentação de recursos em espécie em moeda estrangeira ou cheques de viagem, que apresente atipicidade em relação à atividade econômica do cliente ou incompatibilidade com a sua capacidade econômico-financeira; b) negociações de moeda estrangeira em espécie, em municípios localizados em regiões de fronteira, que não apresentem compatibilidade com a natureza declarada da operação; c) negociações de moeda estrangeira em espécie ou cheques de viagem denominados em moeda estrangeira, que não apresentem compatibilidade com a natureza declarada da operação; d) negociações de moeda estrangeira em espécie ou cheques de viagem denominados em moeda estrangeira, realizadas por diferentes pessoas naturais, não relacionadas entre si, que informem o mesmo endereço residencial; e e) recebimentos de moeda estrangeira em espécie, por pessoas naturais residentes no exterior, transitoriamente no País, decorrentes de ordens de pagamento a seu favor ou da utilização de cartão de uso internacional, sem a evidência de propósito claro”.

⁵⁵¹ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “III - situações relacionadas com dados cadastrais de clientes: a) resistência ao fornecimento de informações necessárias para o início de relacionamento ou para a atualização cadastral, oferecimento de informação falsa ou prestação de informação de difícil ou onerosa verificação; b) abertura, movimentação de contas ou realização de operações por detentor de procuração ou de qualquer outro tipo de mandato; c) apresentação de irregularidades relacionadas aos procedimentos de identificação e registro das operações exigidos pela regulamentação vigente, seguidas ou não do encerramento do relacionamento comercial; d) cadastramento de várias contas em uma mesma data, ou em curto período, com depósitos de valores idênticos ou aproximados, ou com outros elementos em comum, tais como origem dos recursos, titulares, procuradores, sócios, endereço, número de telefone, etc; e) realização de operações em que não seja possível identificar o beneficiário final,

contas⁵⁵², com operações de investimento interno⁵⁵³, com cartões de pagamento⁵⁵⁴, com operações de crédito no País⁵⁵⁵, com a movimentação de recursos oriundos de contratos

observados os procedimentos definidos na regulamentação vigente; f) informação de mesmo endereço comercial por diferentes pessoas jurídicas ou organizações, sem justificativa razoável para tal ocorrência; g) representação de diferentes pessoas jurídicas ou organizações pelos mesmos procuradores ou representantes legais, sem justificativa razoável para tal ocorrência; h) informação de mesmo endereço residencial ou comercial por pessoas naturais, sem demonstração da existência de relação familiar ou comercial; e i) incompatibilidade da atividade econômica ou faturamento informados com o padrão apresentado por clientes com o mesmo perfil”.

⁵⁵² Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “IV - situações relacionadas com a movimentação de contas: a) movimentação de recursos incompatível com o patrimônio, a atividade econômica ou a ocupação profissional e a capacidade financeira do cliente; b) transferências de valores arredondados na unidade de milhar ou que estejam um pouco abaixo do limite para notificação de operações; c) movimentação de recursos de alto valor, de forma contumaz, em benefício de terceiros; d) manutenção de numerosas contas destinadas ao acolhimento de depósitos em nome de um mesmo cliente, cujos valores, somados, resultem em quantia significativa; e) movimentação de quantia significativa por meio de conta até então pouco movimentada ou de conta que acolha depósito inusitado; f) ausência repentina de movimentação financeira em conta que anteriormente apresentava grande movimentação; g) utilização de cofres de aluguel de forma atípica em relação ao perfil do cliente; h) dispensa da faculdade de utilização de prerrogativas como recebimento de crédito, de juros remuneratórios para grandes saldos ou, ainda, de outros serviços bancários especiais que, em circunstâncias normais, sejam valiosas para qualquer cliente; i) mudança repentina e injustificada na forma de movimentação de recursos ou nos tipos de transação utilizados; j) solicitação de não observância ou atuação no sentido de induzir funcionários da instituição a não seguirem os procedimentos regulamentares ou formais para a realização de uma operação; k) recebimento de recursos com imediata compra de instrumentos para a realização de pagamentos ou de transferências a terceiros, sem justificativa; l) realização de operações que, por sua habitualidade, valor e forma, configurem artifício para burla da identificação da origem, do destino, dos responsáveis ou dos beneficiários finais; m) existência de contas que apresentem créditos e débitos com a utilização de instrumentos de transferência de recursos não característicos para a ocupação ou o ramo de atividade desenvolvida pelo cliente; n) recebimento de depósitos provenientes de diversas origens, sem fundamentação econômico-financeira, especialmente provenientes de regiões distantes do local de atuação da pessoa jurídica ou distantes do domicílio da pessoa natural; o) pagamentos habituais a fornecedores ou beneficiários que não apresentem ligação com a atividade ou ramo de negócio da pessoa jurídica; p) pagamentos ou transferências por pessoa jurídica para fornecedor distante de seu local de atuação, sem fundamentação econômico-financeira; q) realização de depósitos de cheques endossados totalizando valores significativos; r) existência de conta de depósitos à vista de organizações sem fins lucrativos cujos saldos ou movimentações financeiras não apresentem fundamentação econômica ou legal ou nas quais pareça não haver vinculação entre a atividade declarada da organização e as outras partes envolvidas nas transações; s) movimentação habitual de recursos financeiros de ou para pessoas politicamente expostas ou pessoas de relacionamento próximo, não justificada por eventos econômicos; t) existência de contas em nome de menores ou incapazes, cujos representantes realizem grande número de operações atípicas; e u) transações significativas e incomuns por meio de contas de depósitos de investidores não residentes constituídos sob a forma de trust”.

⁵⁵³ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “V - situações relacionadas com operações de investimento interno: a) operações ou conjunto de operações de compra ou de venda de títulos e valores mobiliários a preços incompatíveis com os praticados no mercado ou quando realizadas por pessoa cuja atividade declarada e perfil não se coadunem ao tipo de negociação realizada; b) realização de operações atípicas que resultem em elevados ganhos para os agentes intermediários, em desproporção com a natureza dos serviços efetivamente prestados; c) investimentos significativos em produtos de baixa rentabilidade e liquidez; d) investimentos significativos não proporcionais à capacidade econômico-financeira do cliente, ou cuja origem não seja claramente conhecida; e e) resgates de investimentos no curtíssimo prazo, independentemente do resultado auferido”.

⁵⁵⁴ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “VI - situações relacionadas com cartões de pagamento: a) utilização, carga ou recarga de cartão em valor não compatível com a capacidade econômico-financeira, atividade ou perfil do usuário; b) realização de múltiplos saques com cartão em terminais eletrônicos em

com o setor público⁵⁵⁶, situações relacionadas a consórcios⁵⁵⁷, relacionadas a pessoas suspeitas de envolvimento com atos terroristas⁵⁵⁸, relacionadas com atividades internacionais⁵⁵⁹, com operações de crédito contratadas no exterior⁵⁶⁰, com operações de

localidades diversas e distantes do local de contratação ou recarga; c) utilização do cartão de forma incompatível com o perfil do cliente, incluindo operações atípicas em outros países; d) utilização de diversas fontes de recursos para carga e recarga de cartões; e e) realização de operações de carga e recarga de cartões, seguidas imediatamente por saques em caixas eletrônicos”.

⁵⁵⁵ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “VII - situações relacionadas com operações de crédito no País: a) realização de operações de crédito no País liquidadas com recursos aparentemente incompatíveis com a situação econômico-financeira do cliente; b) solicitação de concessão de crédito no País incompatível com a atividade econômica ou com a capacidade financeira do cliente; c) realização de operação de crédito no País seguida de remessa de recursos ao exterior, sem fundamento econômico ou legal, e sem relacionamento com a operação de crédito; d) realização de operações de crédito no País, simultâneas ou consecutivas, liquidadas antecipadamente ou em prazo muito curto; e) liquidação de operações de crédito no País por terceiros, sem justificativa aparente; f) concessão de garantias de operações de crédito no País por terceiros não relacionados ao tomador; g) realização de operação de crédito no País com oferecimento de garantia no exterior por cliente sem tradição de realização de operações no exterior; e h) aquisição de bens ou serviços incompatíveis com o objeto da pessoa jurídica, especialmente quando os recursos forem originados de crédito no País”.

⁵⁵⁶ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “VIII - situações relacionadas com a movimentação de recursos oriundos de contratos com o setor público: a) movimentações atípicas de recursos por agentes públicos, conforme definidos no art. 2º da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; b) movimentações atípicas de recursos por pessoa natural ou jurídica relacionados a patrocínio, propaganda, marketing, consultorias, assessorias e capacitação; licitações; c) movimentações atípicas de recursos por organizações sem fins lucrativos; e d) movimentações atípicas de recursos por pessoa natural ou jurídica relacionados a licitações”.

⁵⁵⁷ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “IX - situações relacionadas a consórcios: a) existência de consorciados detentores de elevado número de cotas, incompatível com sua capacidade econômico-financeira ou com o objeto da pessoa jurídica; b) aumento expressivo do número de cotas pertencentes a um mesmo consorciado; c) oferecimento de lances incompatíveis com a capacidade econômico-financeira do consorciado; d) oferecimento de lances muito próximos ao valor do bem; e) pagamento antecipado de quantidade expressiva de prestações vincendas, não condizente com a capacidade econômico-financeira do consorciado; f) aquisição de cotas previamente contempladas, seguida de quitação das prestações g) utilização de documentos falsificados na adesão ou tentativa de adesão a grupo de consórcio”.

⁵⁵⁸ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “X - situações relacionadas a pessoas suspeitas de envolvimento com atos terroristas: a) movimentações financeiras envolvendo pessoas relacionadas a atividades terroristas listadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas; b) realização de operações ou prestação de serviços, qualquer que seja o valor, a pessoas que reconhecidamente tenham cometido ou tentado cometer atos terroristas, ou deles participado ou facilitado o seu cometimento; c) existência de recursos pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por pessoas que reconhecidamente tenham cometido ou tentado cometer atos terroristas, ou deles participado ou facilitado o seu cometimento; e d) movimentações com indícios de financiamento do terrorismo”.

⁵⁵⁹ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “XI - situações relacionadas com atividades internacionais: a) realização ou proposta de operação com pessoas naturais ou jurídicas, inclusive sociedades e instituições financeiras, situadas em países que não apliquem ou apliquem insuficientemente as recomendações do Grupo de Ação contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi), ou que tenham sede em países ou dependências com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados ou em locais onde seja observada a prática contumaz dos crimes previstos na Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, não claramente caracterizadas em sua legalidade e fundamentação econômica; b) utilização de operações complexas e com custos mais elevados que visem a dificultar o rastreamento dos recursos ou a identificação da natureza da operação; c) realização de pagamentos de importação e recebimentos de exportação, antecipados ou não, por empresa sem tradição ou cuja avaliação econômico-financeira seja incompatível com o montante negociado; d) realização de pagamentos a

investimento externo⁵⁶¹ e, por fim, situações relacionadas com empregados das instituições financeiras e seus representantes⁵⁶².

O artigo 11, inciso II, alínea *b*, da Lei 9.613/98, determina que, diante de situações com sérios indícios de ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro, as pessoas obrigadas deverão comunicar o COAF, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta de realização ou a efetiva realização das operações suspeitas referidas no

terceiros não relacionados a operações de importação ou de exportação; e) realização de transferências unilaterais que, pela habitualidade, valor ou forma, não se justifiquem ou apresentem atipicidade; f) realização de transferências internacionais nas quais não se justifique a origem dos fundos envolvidos ou que se mostrem incompatíveis com a capacidade econômico-financeira ou com o perfil do cliente; g) realização de transferência de valores a título de disponibilidade no exterior, incompatível com a capacidade econômico-financeira do cliente ou sem fundamentação econômica ou legal; h) realização de exportações ou importações aparentemente fictícias ou com indícios de superfaturamento ou subfaturamento; i) existência de informações na carta de crédito com discrepâncias em relação a outros documentos da operação de comércio internacional; j) realização de pagamentos ao exterior após créditos em reais efetuados nas contas de depósitos dos titulares das operações de câmbio por pessoas que não demonstrem a existência de vínculo comercial ou econômico; k) movimentações decorrentes de programa de repatriação de recursos que apresentem inconsistências relacionadas à identificação do titular ou do beneficiário final, bem como ausência de informações confiáveis sobre a origem e a fundamentação econômica ou legal; e l) realização de frequentes pagamentos antecipados ou à vista de importação em que não seja possível obter informações sobre o desembarço aduaneiro das mercadorias”.

⁵⁶⁰ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “XII - situações relacionadas com operações de crédito contratadas no exterior: a) contratação de operações de crédito no exterior com cláusulas que estabeleçam condições incompatíveis com as praticadas no mercado, como juros destoantes da prática ou prazo muito longo; b) contratação, no exterior, de várias operações de crédito consecutivas, sem que a instituição tome conhecimento da quitação das anteriores; c) contratação, no exterior, de operações de crédito que não sejam quitadas por intermédio de operações na mesma instituição; d) contratação, no exterior, de operações de crédito, quitadas sem explicação aparente para a origem dos recursos; e e) contratação de empréstimos ou financiamentos no exterior, oferecendo garantias em valores ou formas incompatíveis com a atividade ou capacidade econômico-financeira do cliente ou em valores muito superiores ao valor das operações contratadas ou cuja origem não seja claramente conhecida”.

⁵⁶¹ Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “XIII - situações relacionadas com operações de investimento externo: a) recebimento de investimento externo direto, cujos recursos retornem imediatamente a título de disponibilidade no exterior; b) recebimento de investimento externo direto, com realização quase imediata de remessas de recursos para o exterior a título de lucros e dividendos; c) realização de remessas de lucros e dividendos ao exterior em valores incompatíveis com o valor investido; d) realização de remessas ao exterior a título de investimento em montantes incompatíveis com a capacidade financeira do cliente; e) realização de remessas de recursos de um mesmo investidor situado no exterior para várias empresas no País; f) realização de remessas de recursos de vários investidores situados no exterior para uma mesma empresa no País; e g) recebimento de aporte de capital desproporcional ao porte ou à natureza empresarial do cliente, ou em valores incompatíveis com a capacidade econômico-financeira dos sócios”.

⁵⁶² Carta Circular 3.542, de 2012, artigo 1º: “XIV - situações relacionadas com empregados das instituições financeiras e seus representantes: a) alteração inusitada nos padrões de vida e de comportamento do empregado ou do representante, sem causa aparente; b) modificação inusitada do resultado operacional da pessoa jurídica do representante ou do correspondente no País, sem causa aparente; c) realização de qualquer negócio de modo diverso ao procedimento formal da instituição por empregado, representante ou correspondente no País; e d) fornecimento de auxílio ou informações, remunerados ou não, a cliente em prejuízo do programa de prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo da instituição, ou de auxílio para estruturar ou fracionar operações, burlar limites regulamentares ou operacionais”.

inciso I do mesmo dispositivo⁵⁶³. Nos termos da alínea *a* do mesmo dispositivo, também deverão ser comunicadas, nesse prazo de 24 horas, aquelas operações do inciso II do artigo 10, que ultrapassem os valores determinados pelos órgãos regulatórios, acompanhadas das identificações exigidas no inciso I do artigo 10.

Essas comunicações feitas ao COAF não podem ser informadas ao cliente, sob pena de frustração das investigações ou até mesmo de medidas assecuratórias que o COAF pode vir a requerer ao Poder Judiciário. E, caso essas operações digam respeito às pessoas politicamente expostas, esta informação deve constar na comunicação. As informações errôneas prestadas de boa-fé não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa de quem as prestar.

De se mencionar que a Diretiva da União Europeia 2005/60/CE, relativa à “prevenção de utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo”, determina que as instituições financeiras se abstenham de executar as transações que considerem suspeitas⁵⁶⁴. Porém, o Brasil, embora siga referida Diretiva, não implementou na legislação interna esse dever de

⁵⁶³ Dispõe o artigo 11, inciso II, alínea *b*, da Lei 9.613/98: “II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: *b*) das operações referidas no inciso I”. A Circular 3.461, de 2009, também trata das comunicações de operações suspeitas, ou propostas dessas operações, que deverão ser feitas ao COAF, em seu artigo 13, e dispõe: “Art. 13. As instituições de que trata o art. 1º devem comunicar ao Coaf, na forma determinada pelo Banco Central do Brasil: I - as operações realizadas ou serviços prestados cujo valor seja igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) e que, considerando as partes envolvidas, os valores, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a existência de indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998; II - as operações realizadas ou serviços prestados que, por sua habitualidade, valor ou forma, configurem artifício que objetive burlar os mecanismos de identificação, controle e registro; III - as operações realizadas ou os serviços prestados, qualquer que seja o valor, a pessoas que reconhecidamente tenham perpetrado ou tentado perpetrar atos terroristas ou neles participado ou facilitado o seu cometimento, bem como a existência de recursos pertencentes ou por eles controlados direta ou indiretamente; IV - os atos suspeitos de financiamento do terrorismo. § 1º O disposto no inciso III aplica-se também às entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, pelas pessoas ali mencionadas, bem como por pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando. § 2º As comunicações das ocorrências de que tratam os incisos I a IV do caput devem ser realizadas até o dia útil seguinte àquele em que forem verificadas. § 3º Devem também ser comunicadas ao Coaf as propostas de realização das operações e atos descritos nos incisos I a IV”.

⁵⁶⁴ Diretiva da União Europeia 2005/60/CE, artigo 24: “1. Os Estados-Membros devem exigir que as instituições e pessoas abrangidas pela presente directiva se abstenham de executar as transacções de que tenham conhecimento ou suspeitem estarem relacionadas com branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo, antes de terem dado cumprimento ao disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º Em conformidade com a legislação dos Estados-Membros, podem ser dadas instruções para que a transacção não seja executada. 2. No caso de se suspeitar que a transacção em causa conduzirá ao branqueamento de capitais ou ao financiamento do terrorismo e de a execução ser impossível ou susceptível de comprometer os esforços para processar os beneficiários da operação suspeita de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, as instituições ou pessoas em questão devem informar a UIF imediatamente após a realização da operação em causa”.

abstenção da execução das operações suspeitas. Há o dever de comunicação da operação, mas não de deixar de realiza-la.

Determina o inciso III do artigo 11 que deverá ser comunicada a inexistência de transações passíveis de serem comunicadas:

“III - deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II”.

O Banco Central estipulou que essas informações deverão ser prestadas em até dez dias úteis após o encerramento do ano civil⁵⁶⁵.

Por fim, determina o artigo 11-A que *“As transferências internacionais e os saques em espécie deverão ser previamente comunicados à instituição financeira, nos termos, limites, prazos e condições fixados pelo Banco Central do Brasil”*. Algumas regras relativas a esse dispositivo estão regulamentadas na Circular 3.280, de 2006, do Banco Central.

De acordo com a Lei 9.613/98, o dever de comunicar é dos sujeitos obrigados do artigo 9º. Porém, dentro da estrutura organizacional de uma instituição financeira bancária, considerando a exigência do artigo 18, *caput*, da Circular 3.461, de 2009, deverá haver um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas impostas, inclusive pelas comunicações a serem feitas COAF relativas a operações atípicas ou suspeitas de lavagem de dinheiro, que é o *compliance officer*.

4.4.2 Consequências jurídico-administrativas da violação dos deveres de vigilância no combate à lavagem de dinheiro

A Lei 9.613/98, em seu artigo 12, determina, ainda, que o descumprimento dos deveres dos artigos 10 e 11 acarretará sanções administrativas, que poderão ser impostas isolada ou cumulativamente, quais sejam: de advertência; multa pecuniária; inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos para o exercício do cargo de administrador das

⁵⁶⁵ Artigo 15-A da Circular 3.461, de 2009.

peças jurídicas obrigadas; de cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento⁵⁶⁶.

As sanções pelo descumprimento dos deveres administrativos serão impostas pelo órgão regulador próprio, no caso das Instituições Financeiras Bancárias pelo Banco Central do Brasil⁵⁶⁷. E serão aplicadas tanto aos sujeitos obrigados quanto aos administradores responsáveis pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas, ou seja, no caso do descumprimento por parte de um *compliance officer* de um Banco, tanto a Instituição Financeira Bancária quanto o *compliance officer* sofrerão as sanções administrativas⁵⁶⁸.

Uma vez analisados os deveres legais impostos às instituições financeiras, de identificação dos clientes e manutenção de registros cadastrais, de um lado, e de comunicação de operações financeiras, de outro, indaga-se se a violação a tais deveres legais é apta a caracterizar situações de omissão penalmente relevante.

⁵⁶⁶ As situações em que deverão ser aplicadas cada uma das sanções estão especificadas nos parágrafos do artigo 12 da lei 9.613/98: “§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10. § 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por culpa ou dolo: I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente; II - não cumprirem o disposto nos incisos I a IV do art. 10; III - deixarem de atender, no prazo estabelecido, a requisição formulada nos termos do inciso V do art. 10; IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11. § 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa. § 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do caput deste artigo”.

⁵⁶⁷ O Decreto 2.799/98, que aprovou o Estatuto do COAF dispõe, a partir do artigo 14, sobre o procedimento a ser aplicado para apuração das infrações administrativas e a imposição de sanções, caso não haja procedimento próprio nos órgãos reguladores específicos, sempre assegurando o contraditório e a ampla defesa.

⁵⁶⁸ Circular 3.461, de 2009: “Art. 17. O Banco Central do Brasil aplicará, cumulativamente ou não, as sanções previstas no art. 12 da Lei no 9.613, de 1998, na forma estabelecida pela legislação, às instituições mencionadas no art. 1º desta Circular, bem como aos seus administradores que deixarem de cumprir as obrigações estabelecidas nesta Circular. Art. 18. As instituições de que trata o art. 1º devem indicar ao Banco Central do Brasil diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações de que tratam os arts. 12 e 13. § 1º Para fins da responsabilidade de que trata o caput, admite-se que o diretor indicado desempenhe outras funções na instituição, exceto a relativa à administração de recursos de terceiros. § 2º No caso de conglomerados financeiros, admite-se a indicação de um diretor responsável pela implementação e cumprimento das medidas estabelecidas nesta circular, bem como pelas comunicações referentes às respectivas instituições integrantes”.

4.5 Análise quanto à possibilidade de responsabilização penal pela prática de lavagem de dinheiro por omissão imprópria, a partir do descumprimento dos deveres administrativos impostos pela Lei 9.613/98, no âmbito financeiro bancário

Uma vez expostos os deveres administrativos impostos aos sujeitos obrigados administrativamente que exercem atividade em instituições financeiras bancárias, cabe verificar se esses sujeitos podem ser considerados como garantidores e, portanto, responder criminalmente pelo crime de lavagem de dinheiro, por omissão imprópria, a partir do descumprimento dos deveres.

4.5.1 Omissão imprópria e o dever de garante

Para a análise da omissão imprópria na lavagem de dinheiro, mais especificamente quem tem a posição de garante, e se é possível a responsabilização criminal pelo descumprimento dos deveres administrativos impostos na Lei 9.613/98, será importante, primeiramente, expor, ainda que brevemente, o que se entende por omissão imprópria, o que a distingue da omissão própria e quais os requisitos para se considerar um agente em uma posição de garantidor.

O Direito Penal protege o bem jurídico de duas formas. Uma é proibindo ações que causam perigo ao bem jurídico, em que os tipos penais descrevem condutas comissivas, tais como, matar, ofender a integridade corporal, subtrair coisa alheia móvel. Se o agente pratica a conduta incriminadora, incorre no tipo legal. Outra forma é ordenando a realização de ações protetoras ao bem jurídico⁵⁶⁹. Se o agente viola o dever

⁵⁶⁹ Essa diferenciação entre ação e omissão não é aceita de forma unânime pela doutrina. De se destacar o entendimento de Jakobs, para quem não há uma diferença ontológica entre ação e omissão, e propõe uma explicação diferente para a responsabilização criminal realizada por comportamentos ativos e omissivos. Haveria uma responsabilidade em virtude de uma competência por organização, que equivaleria aos delitos de domínio. Em contraponto, haveria uma responsabilidade decorrente de uma responsabilidade pelo status do indivíduo em razão de uma determinada competência institucional, tais como os delitos de infração de dever. JAKOBS, Günther. **La competencia por organización en el delito omissivo**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**, cit., p. 940-949.

de proteção ao bem jurídico penalmente tutelado, deixando de realizar uma ação devida, pratica um crime omissivo⁵⁷⁰.

4.5.1.1 Distinção entre crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios

Os crimes omissivos podem ser de duas espécies: crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios⁵⁷¹. Há dois critérios utilizados para a diferenciação entre omissão própria e imprópria⁵⁷². O primeiro refere-se ao sujeito que tem o dever de agir. Na omissão própria, o dever de evitar a lesão de um bem jurídico é imposto a todo cidadão, como decorrência de um dever geral de assistência tal como ocorre no crime de omissão de socorro, tipificado no artigo 135 do Código Penal⁵⁷³. Já na omissão imprópria⁵⁷⁴, exige-se uma qualidade específica por parte do agente, que por sua relação com a vítima, ou com a produção do resultado, passa a ser garantidor da proteção do bem jurídico.

O segundo critério é o normativo. Os tipos omissivos próprios descrevem ações caracterizadas por simples omissões, isto é, verbos-tipos que indicam um não agir. De outro lado, em relação aos crimes omissivos impróprios, o tipo penal decorre da conjugação de um tipo comissivo, que descreve um agir ativo, somado a uma norma

⁵⁷⁰ “O dever de agir pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado dever geral de assistência), ou como dever que decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado dever de impedir o resultado)” TAVARES, Juarez. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 43.

⁵⁷¹ De acordo com Juarez Tavares, aventa-se, na doutrina, uma divisão tripartite de omissão: delitos de mera omissão, que seriam os delitos omissivos próprios, os delitos de omissão e resultado, e os delitos omissivos impróprios. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 306-307.

⁵⁷² Não se desconhece a existência na doutrina de vários critérios diferenciadores, tais como o critério normológico, o critério de Herzberg, o critério do dever de garante e o critério lógico-objetivo de Schünemann, porém não serão aqui analisados. Para uma análise detida de todos os critérios: D’AVILA, Baio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 217-218.

⁵⁷³ Código Penal: “Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”.

⁵⁷⁴ Tavares critica a denominação de crimes omissivos impróprios, bem como de crimes comissivos por omissão, por não serem denominações adequadas. Contudo, mantém a denominação de crimes omissivos impróprios em razão de sua aceitação geral. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 312.

geral de extensão, que impõe a determinadas pessoas um dever de agir para evitar a ocorrência dos resultados descritos nos tipos comissivos.

Nas palavras de Juarez Tavares, os crimes omissivos impróprios se diferenciam dos omissivos próprios em razão desses dois critérios:

“Os crimes omissivos impróprios têm duas características essenciais, não presentes nos delitos omissivos próprios: estão referenciados a uma norma proibitiva e mandamental, ao mesmo tempo, e se condicionam a qualidades específicas do sujeito, em face de sua posição de garantidor. Como estão referenciados a uma norma proibitiva, o dever imposto pela norma mandamental só pode ser objetivado no sentido de impedir o resultado lesivo ao bem jurídico. Não se trata, assim, de um dever geral de assistência; é indispensável que esse dever de atuar se vincule a um resultado proibido”⁵⁷⁵.

Estabelecidas essa a distinção entre a omissão própria e a omissão imprópria, passa-se a analisar, mais detidamente, quais os requisitos objetivos dos crimes omissivos impróprios.

4.5.1.2 Os elementos do tipo nos crimes omissivos impróprios

A possibilidade de prática de um crime, por meio de omissão imprópria, está prevista no artigo 13, § 2º, do Código Penal, que dispõe:

“§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;*
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.*

⁵⁷⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 309-310. Nesse mesmo sentido, Cirino dos Santos: *“A omissão de ação imprópria corresponde, inversamente, aos tipos de resultado e tem por fundamento a posição de garantidor do bem jurídico atribuída a determinados indivíduos, que engendra o dever jurídico especial de agir, cuja lesão implica responsabilidade penal pelo resultado (doloso ou imprudente), como se fosse cometido por ação”* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 197.

O primeiro elemento dos crimes omissivos impróprios, que é comum aos omissivos próprios, é a inação, ou seja, a omissão da ação mandada, a não realização da ação de proteção a um bem jurídico em situação de perigo, é a infração de uma norma de comando⁵⁷⁶. Isso significa que, nos crimes omissivos, sejam eles próprios ou impróprios, o agente possui o dever de agir para evitar o resultado e, se não age, ao infringir tal dever, incorre no crime.

O segundo elemento é a real possibilidade de agir. A possibilidade de agir refere-se à capacidade de realizar a ação mandada, a qual deverá ser definida pela natureza da ação e condições pessoais do autor⁵⁷⁷. É o que se extrai da redação do § 2º do artigo 13 do Código Penal que dispõe: “*A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*”⁵⁷⁸. Não se pode obrigar alguém a agir se a pessoa não tem a possibilidade de fazê-lo. Exclui-se, portanto, a tipificação nos casos de impossibilidade objetiva ou incapacidade do autor⁵⁷⁹.

O terceiro elemento é a situação típica, conforme explica Juarez Tavares: “*situação típica omissiva, que são aquelas características que fundamentam a omissão constante do tipo, como expressão do conflito social que o direito quer regular através da determinação de condutas*”⁵⁸⁰.

Quanto a esse requisito, explica Juarez Cirino dos Santos:

“A realidade determinante do dever de agir é a situação de perigo para o bem jurídico – ou situação típica, conforme a teoria dominante, embora essa situação constitua apenas um dos componentes do tipo – assim definível: (...) b) na omissão imprópria a situação de perigo para o bem jurídico está implícita no resultado descrito no tipo legal – ou seja, é deduzida de um tipo de resultado:

⁵⁷⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 350-351.

⁵⁷⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 351-353.

⁵⁷⁸ Cirino dos Santos critica a redação de tal dispositivo, sob dois fundamentos, o primeiro de que o dever pressupõe o poder de agir, de forma que a ordem dos verbos está invertida, e o segundo porque o dever jurídico de agir é um conceito normativo fundado na realidade concreta do poder ou capacidade de agir, pelo que a referência ao dever é desnecessária SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 204.

⁵⁷⁹ Ressalta Juarez Tavares que a exigência dessa possibilidade de agir não é exclusiva dos tipos omissivos, mas constitui uma condição imprescindível do procedimento de imputação, tanto nos crimes de resultado quanto nos de mera atividade, sejam ou não cometidos por omissão. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 354.

⁵⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 355.

matar alguém (art. 121, CP), resultado de lesão de bem jurídico produzível por ação proibida ou por omissão de ação mandada”⁵⁸¹.

Do elemento da situação típica, pode-se concluir que, se não houver uma situação de perigo para o bem jurídico, não se pode considerar como uma omissão penalmente relevante.

O quarto elemento seria a produção do resultado típico que seja consequência da omissão da ação mandada. Nesse sentido, Renato Silveira: “*a omissão imprópria refere-se comumente a resultados. São os resultados previstos nos tipos comissivos, agora impulsionados por uma comissão por omissão*”⁵⁸².

Por fim, o quinto elemento, que justifica a equivalência da omissão imprópria à ação comissiva, exige-se um dever jurídico especial de agir para evitar o resultado, atribuído ao garantidor do bem jurídico⁵⁸³. Ou seja, enquanto que, na omissão própria, o dever de agir é imposto a todos os cidadãos, na omissão imprópria o dever de agir decorre uma qualidade especial do sujeito.

O Código Penal adotou um critério formal de fontes de dever, ou seja, de atribuição da posição de garantidor, o qual está previsto nas alíneas do § 2º do artigo 13: “*O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*”⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 203.

⁵⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 87. No mesmo sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 205. Parte da doutrina não considera o resultado como sendo um distintivo entre a omissão própria e a omissão imprópria, pois, nem sempre as omissões próprias são desvinculadas de um resultado. Nesse sentido: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 219.

⁵⁸³ Conforme adverte Juarez Tavares, a posição de garantidor, mesmo amparada em aspectos sociais relevantes, como as relações familiares sociais ou profissionais, ou a responsabilidade por fontes de perigo, não atende suficientemente o princípio da legalidade: “*porque, diante da variedade de fatos que pode englobar, comporta extensões intermináveis que tornam incerta a segurança jurídica. Em todos esses casos, as relações devem ser interpretadas restritivamente, como exigência não apenas do princípio da legalidade, mas como limitação ao poder estatal sob o pressuposto da proteção da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da necessidade e da racionalidade*” TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 317.

⁵⁸⁴ Não se desconhece a existência de outras teorias relativas às fontes de dever, mais modernas, como a defendida por Armin Kaufmann, exposta em: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**, cit.. Contudo, será analisada, apenas, a teoria formal das fontes de dever, que foi incorporada pelo Código Penal. De se mencionar, também a posição de Pierpaolo Bottini, que divide as omissões impróprias em riscos próprios e riscos alheios. Segundo o autor, as primeiras estão previstas na alínea *c* do § 2º do artigo 13, que seria a ingerência. Já as omissões impróprias por riscos alheios seriam as previstas nas alíneas *a* e *b* do mesmo dispositivo. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da**

A primeira forma de atribuição de posição de garantidor é da obrigação de cuidado, proteção ou vigilância que decorra da lei. Tendo em vista que a alínea *a* fala em lei, a previsão legal da posição de garantidor não pode advir de decretos, regulamentos, resoluções ou instruções normativas, deve ser derivada de um processo legislativo previsto na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais, compreendendo as leis complementares, leis ordinárias, decretos legislativos e medidas provisórias convertidas em lei⁵⁸⁵. O fundamento disso é o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ainda na análise da primeira forma de atribuição de posição de garantidor, é de se destacar que apenas os deveres de cuidado, proteção ou vigilância impostos por lei que atribuem a posição de garantidor⁵⁸⁶. A doutrina trabalha com casos especiais em que se concretizam esses deveres de cuidado, proteção ou vigilância, que são constituídos entre subordinados, ascendentes e descendentes, e cônjuges. Entre ascendentes e descendentes, a posição de garantidor existe entre os pais para com os filhos menores, e esse dever de proteção subsiste mesmo que os pais não estejam presentes. Mas, caso esse dever seja delegado a terceiros, como professores, os pais devem ser ficar vigilantes quanto ao efetivo exercício dessa proteção⁵⁸⁷. No que se refere à relação entre cônjuges, a previsão de posição de garantidor é mútua, e está disposta no artigo 1566, inciso III, do Código Civil. Essa assistência mútua implica a proteção frente a perigos à vida, a seus bens jurídicos pessoais, como integridade

ingerência. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 277.

⁵⁸⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 319-320.

⁵⁸⁶ Conforme as lições de Tavares, tais deveres podem ser compreendidos como: “*A obrigação de cuidado compreende tanto a atenção para com higiene, saúde ou alimentação, quanto com educação e instrução. O dever de proteção se refere ao socorro em caso de perigo à vida, à saúde, à integridade corporal, à liberdade e, em certos casos expressos, ao patrimônio, em virtude de acontecimentos, atos ou agressões de terceiros. O dever de vigilância diz respeito à diligência no sentido de impedir que as próprias pessoas que se situem como beneficiárias dessa obrigação venham a realizar atos que as possam colocar em perigo, ou ao seu patrimônio*” TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 320. Adverte, ainda, que “*as obrigações de proteção ou vigilância decorrentes da lei, ainda que de forma direta, não fundam, por si sós, um dever de garantidor, o qual depende dos pressupostos conferidos à forma e ao modo da relação entre o omitente e o bem jurídico, bem como entre aquele e as fontes produtoras de perigo*” *Idem, ibidem*, p. 320.

⁵⁸⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 322-323; ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo II, cit., p. 857-858.

corporal, liberdade, e, excepcionalmente, ao patrimônio, desde que vinculados aos pessoais⁵⁸⁸.

Quanto à relação com os subordinados, é de se distinguir essa obrigação daquela advinda de contrato, que será analisada a seguir. A posição de garantidor quanto aos subordinados seria o caso, por exemplo, do administrador de uma empresa que determina que seu subordinado realize uma tarefa. Deve o administrador fiscalizar a execução, para que não venha a ser lesionado bem jurídico da empresa ou de terceiro. Essa assunção de dever de garantidor só pode derivar de uma obrigação legal ou de situação de substituição legal dos obrigados⁵⁸⁹.

Roxin defende, claramente, que os sócios e os diretores de uma empresa têm o dever de evitar a prática de crimes por seus subordinados, portanto, possuem o dever de garante, em relação aos crimes praticados relacionados à empresa:

“Las mejores razones abogan sin embargo por una posición de garante de los directivos. Es cierto que éstos, si permiten o favorecen activamente delitos relacionados con la empresa de sus subordinados, no son sin más autores mediatos en virtud del ‘dominio de la organización’, pues el subordinado puede y debe – al igual que soldados y funcionarios – rechazar pretensiones punibles, incluso cuando vienen ‘de arriba’. Pero el superior tiene, al menos, el deber y la posibilidad de evitar conductas punibles en la empresa a través de instrucciones vinculantes y controles. En este sentido la empresa está bajo su dominio y es controlada por él. (...) Las personas con puestos directivos han de cuidar de que el ‘foco de peligro’ empresa permanezca bajo control con garantía de seguridad”⁵⁹⁰.

Também defendendo a responsabilidade penal ao sócio-proprietário ou diretor de uma empresa pela posição de garante, Gimbernat Ordeig especifica que essa responsabilidade somente pode decorrer da não vigilância dos eventuais focos de perigo a lesão a bens jurídicos, que tenham relação com a empresa:

⁵⁸⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 324-325. Também nesse sentido: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz; García Colledo; Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 2014, p. 862-865.

⁵⁸⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 321.

⁵⁹⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II, cit., p. 896-897.

“Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es si el hecho punible imprudente o doloso que no ha impedido – e independientemente de si se cometió en interés o en perjuicio de la empresa – consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos”⁵⁹¹.

É por essa posição de garante que, recentemente, as empresas, e principalmente, as instituições financeiras, têm implementado políticas internas de controle e imposição de deveres, como já analisado.

Especificamente no que se refere aos deveres impostos pela Lei 9.613/98, é de se destacar, por exemplo, o artigo 10, inciso II, que impõe o dever de cumprir o determinado por norma infralegal: *“que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”*. Pode-se questionar se, por esses deveres serem complementados por normas infralegais, emitidas por órgãos regulatórios, seriam aptas a atribuir a posição de garantidor de tais deveres. A resposta é positiva.

Neste caso, a própria Lei 9.613/98 delegou a tarefa de complementar tal regulação, por meio de instruções expedidas pelos órgãos específicos, portanto, a delegação veio por lei. Assim, embora as circulares ou cartas circulares emitidas pelo BACEN, ou por outros órgãos em relação a outros setores sensíveis, não sejam leis em sentido formal, elas o são em sentido material⁵⁹². Portanto, constituem uma forma de atribuição da posição de garantidor da alínea *a* do § 2º do artigo 13⁵⁹³.

⁵⁹¹ GIMERNAT ORDEIG, Enrique. Omisión impropia e incremento del riesgo em el Derecho penal de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 54, n. 1, 2001, p. 18.

⁵⁹² Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 265. Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz entendem que essa acessoriedade administrativa, que transfere à Administração Pública o necessário complemento das disposições penais, trata de lei penal em branco. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274-275. Diferentemente, Ana Carolina de Oliveira defende que *“a nosso ver a Lei de Lavagem de Dinheiro não se caracteriza como lei penal em branco, pois seu mandado de proibição está completamente contido no tipo penal, qual seja, a proibição de converter capital ilícito em lícito, de conferir aparência de licitude ao dinheiro sujo. Existe uma relação de complementaridade entre as normas administrativas de diferentes hierarquias (entre a Lei de Lavagem e as portarias e resoluções), que a nosso ver não são mais do que a delimitação das regras de cuidado de cada setor”* OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 46.

⁵⁹³ Nesse sentido, Pierpaolo Bottini: *“A vedação de analogia na seara penal impõe que tal dever seja*

A segunda forma de posição de garantidor decorre da assunção da responsabilidade de impedir o resultado, é a prevista na alínea *b* do referido § 2º do artigo 13. É aquela advinda de um contrato, ou seja, depende de uma concordância voluntária do sujeito obrigado, diferente da substituição legal, que independe da vontade das partes. O contrato não precisa ser escrito, pode também ser verbal, podendo ser até um puro favor, e não depende da capacidade civil do sujeito, podendo ser assumido por um garantidor absolutamente incapaz. É importante distinguir entre a violação de um dever de garantidor e a violação de um dever contratual. Se o contratado não inicia o cumprimento de seu contrato, passando a terceira pessoa, trata-se de mero descumprimento de uma cláusula contratual⁵⁹⁴. No que se refere ao crime de lavagem de dinheiro praticado em estruturas hierarquizadas, entende-se que o dever de garantidor deve estar previsto, expressamente, em estatuto, regimento ou ato normativo interno⁵⁹⁵.

A terceira hipótese de posição de garantidor, prevista na alínea *c*, decorre de comportamento anterior criador do risco do resultado. Na lavagem de dinheiro, pode-se verificar sua esta terceira fonte do dever de garantia quando o agente cria um risco não permitido “*pelo descumprimento das normas institucionais ou técnicas de cuidado ou do dever normal de diligência*”⁵⁹⁶. É a situação em que se tem identificado a situação de ingerência⁵⁹⁷. De acordo com Renato Silveira, esta é a forma mais problemática para o direito penal.⁵⁹⁸ Com a finalidade de se evitar uma responsabilidade criminal objetiva a

previsto em lei formal, produzida pelo legislativo, na forma ordinária ou complementar. Outros atos normativos – medidas provisórias, leis delegadas, resoluções, decretos-legislativos – ou medidas de regulamentação – decretos, portarias – não criam dever de garantia, embora possam balizar o dever de cuidado para apuração dos crimes comissivos (supra, Parte I, 3.1). Assim, se a lei impõe a determinado profissional o dever de evitar atos de lavagem de dinheiro em determinados setores, ele deverá agir para impedir o resultado nessa seara, sob pena de responder pela prática do crime (desde que presentes os outros requisitos a seguir indicados)” BOTTINI, Pierpaolo. Da omissão penalmente relevante. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 198.

⁵⁹⁴ Nesse passo, Tavares exemplifica com o médico que se obriga a realizar o tratamento médico de seu paciente, mas acaba indo viajar e deixa seu encargo nas mãos de outro médico. O primeiro médico não pode se responsabilizar por erros que venham a ser praticados por seu substituto, apenas poderá responder por perdas e danos, por se tratar de ilícito civil. TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 326. Nesse mesmo sentido: ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo II, cit., p. 865.

⁵⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, p. 198.

⁵⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, p. 199.

⁵⁹⁷ Exemplo clássico de ingerência é do motorista que, de forma culposa, atropela uma pessoa, colocando a vida deste em perigo. Como, com sua ação, criou um perigo para a vida da vítima, ele se torna garante e obrigado a salvar a sua vida. ROXIN, Claus. **Derecho Penal.** Parte General. Tomo II, cit., p. 899.

⁵⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**, cit., p. 89. Inclusive, há doutrinadores que não admitem a posição de garante baseada no atuar precedente. Nesse sentido:

qualquer um que realize um comportamento anterior, exige-se um poder de controle sobre o processo de produção e desenvolvimento do resultado. Mas não é só. Com suporte nos posicionamentos de Rudolphi e Roxin, Juarez Tavares defende que se deve exigir, além da relação de domínio entre o autor e os desdobramentos subsequentes de seu comportamento, mais quatro requisitos: limitação objetiva da causalidade, risco permitido, âmbito de responsabilidade do sujeito e licitude do fato⁵⁹⁹.

Primeiramente, é imprescindível que a conduta antecedente possa ser objetivamente imputável ao próprio sujeito⁶⁰⁰. E, para evitar o regresso infinito, deve-se ater ao limite do § 1º do artigo 13⁶⁰¹. Em segundo lugar, a ação precedente deve ser contrária ao dever, ou seja, antijurídica, para impor a responsabilidade por ingerência, ou seja, não deve estar dentro do âmbito do risco permitido⁶⁰². Em terceiro lugar, as ações precedentes só poderão gerar o dever de garantidor quando este for o único capaz de impedir o resultado, ou seja, ainda que o agente realize uma ação precedente contrária ao direito, se a ação devida está no âmbito de responsabilidade da vítima, o

SCHÜNEMANN, Bernd. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. In **Estudios penales em homenagem a Enrique Gimernant**. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1611; SCHÜNEMANN, Bernd. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 329-371.

⁵⁹⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 333.

⁶⁰⁰ “Una posición de garante derivada de un actuar precedente es aceptable siempre que – pero solo si – la acción previa sea imputable al causante” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II, cit., p. 905.

⁶⁰¹ Defende Roxin que como forma de limitação da causalidade, se deve considerar que o atuar devido seguramente levaria a uma diminuição do risco: “Exijo, para la causalidad de la omisión, que el actuar debido hubiera dado lugar con seguridad a una disminución del riesgo. Según mi concepción, la omisión de la conducta debida es en semejante caso causal para el resultado, porque es la condición de otra forma de producción del mismo. El concreto curso causal, que ha causado el resultado, es consecuencia de la omisión y, por tanto, imputable al omitente como realización imprudente o dolosa del tipo. El que resultado también se hubiera podido producir con la adopción de la conducta debida, si bien de otra manera y con una menor probabilidad, constituye, como yo lo denomino, ‘un riesgo residual permitido, que no puede excluir la imputación del riesgo no permitido que de hecho se ha realizado’” ROXIN, Claus. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. Trad. Margarita Martínez Escamilla. In **Estudios penales em homenagem a Enrique Gimernant**. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1548.

⁶⁰² Mais especificamente, de acordo com Juarez Tavares, “para que a atividade devida sirva ao projeto de comunicação em face da ingerência, é indispensável que: a) a conduta do sujeito não esteja acobertada pelo risco permitido; b) que a conduta do sujeito não se inclua no risco habitual da vida; c) que o risco desencadeado pela ação precedente possa se exaurir no resultado; d) que o risco proibido seja objeto da norma; e) que a inatividade posterior não tenha sido objeto de uma avaliação exclusiva ou complementar por outra norma” TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 336.

sujeito não se torna garantidor⁶⁰³. Por fim, é de se destacar que não geram dever de garantidor as ações autorizadas por uma causa de justificação⁶⁰⁴.

No que se refere aos elementos subjetivos dos delitos omissivos, é de se destacar não haver diferença em relação aos conceitos empregados ao dolo nos delitos comissivos⁶⁰⁵. A única peculiaridade é que serão objetos do dolo, nos crimes omissivos impróprios, os mesmos cinco elementos do tipo objetivo⁶⁰⁶. No que se refere à forma culposa, destaca Juarez Tavares que os crimes omissivos próprios culposos são constituídos de dois comandos “*uma determinação de cuidado e uma determinação de conduta*”⁶⁰⁷, e no que se refere aos crimes omissivos impróprios culposos, além da norma de cuidado e da norma determinativa, exige-se a norma proibitiva da conduta, e só a partir das condições do artigo 13, § 2º, do Código Penal é que se pode delimitar a omissão imprópria culposa⁶⁰⁸.

Uma vez expostos os elementos para a adequação típica da omissão imprópria, cabe verificar se é possível a prática do crime de lavagem de dinheiro por omissão imprópria, a partir do descumprimento de deveres administrativos impostos pela Lei 9.613/98, limitada aos deveres impostos aos operadores do sistema financeiro bancário.

⁶⁰³ É o caso, por exemplo, do fornecedor de drogas. Se ele vende a uma pessoa adulta, não se torna responsável por eventuais danos que ela venha a causar. Nesse sentido: TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 340.

⁶⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 341.

⁶⁰⁵ “*En los delitos omisivos el dolo es igual de posible que en los delitos comissivos*” ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II, cit., p. 815. No mesmo sentido: “*Na legislação penal brasileira, o conteúdo do dolo nos crimes de omissão de ação não pode ser diferente do conteúdo do dolo nos crimes de ação (...). O dolo nos crimes de omissão de ação existe sob as mesmas modalidades admitidas para os crimes de ação*” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 211-212.

⁶⁰⁶ “*O dolo na omissão própria e na omissão imprópria tem por objeto comum os seguintes elementos do tipo objetivo: a) a situação de perigo para o bem jurídico (ou situação típica); b) o poder concreto de ação para proteger o bem jurídico em situação de perigo; c) a omissão da ação mandada para proteção do bem jurídico. O dolo na omissão de ação imprópria tem por objeto específico os seguintes elementos adicionais característicos do tipo objetivo: a) o resultado de lesão do bem jurídico; b) a posição de garantidor do bem jurídico em perigo*” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, cit., p. 212.

⁶⁰⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 420-241.

⁶⁰⁸ TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**, cit., p. 422-423. No tocante aos crime omissivos impróprios culposos, Roxin defende que pode haver quatro formas de omissão culposa. A primeira seria em que o garante omitente desconhece, por infringir o cuidado devido da situação típica, ou seja, se o garante não reconhece o perigo. A segunda quando o garante não reconhece sua posição de garante, por exemplo, se o pai não sabe tratar-se dos gritos de seu filho. A terceira quando o garante se considera incapaz de ajudar a vítima. E a última seria quando o garante infringindo o dever de cuidado, realiza incorretamente a ação exigida. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II, cit., p. 821.

4.5.2 Análise crítica quanto à responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de vigilância referentes à lavagem de dinheiro

Há uma preocupação na doutrina com a responsabilidade penal decorrente da posição do sujeito frente a estruturas empresariais, especialmente em decorrência do descumprimento de deveres administrativos⁶⁰⁹. Essa tendência é acentuada em relação ao crime de lavagem de dinheiro, em que a Lei impõe uma série de deveres aos sujeitos obrigados administrativamente⁶¹⁰.

Para se analisar a repercussão no direito penal dos deveres administrativos impostos no âmbito da lavagem de dinheiro, é de se verificar, primeiramente, se é possível a imputação do crime de lavagem de dinheiro a título omissivo impróprio. Sendo positiva a resposta, serão analisados os deveres impostos pela Lei 9.613/98, a fim de verificar se a omissão em relação a algum desses deveres é penalmente relevante, justificando a responsabilidade penal.

⁶⁰⁹ Nesse sentido: Renato Silveira: “*A construção de Jakobs, ao estabelecer a possibilidade de imputação criminal derivada de uma competência institucional, vista nos delitos de infração de dever, acaba por afirmar uma nova estrutura de imputação, extremamente ampliada. Em sede empresarial, isso deve ser visto com muitas cautelas, pois a especificação de deveres de vigilância em função do rol social de um determinado indivíduo pode se distanciar de uma percepção ontológica da questão, tornando criminosa qualquer presunção de não atuar de um sujeito em função de seu cargo, aproximando-se perigosamente da questão de uma responsabilidade quase objetiva. Assim, o que se parece dar, no entanto, é que muitas das novas realidades de imputação penal empresarial dão-se, v.g, por um non compliance ou um desrespeito a normas de autorregulação ou providas da Administração de modo geral*” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**, cit., p. 99-100. Também destacando a indevida preocupação do Direito Penal com condutas atinentes ao cumprimento de deveres administrativos, são as ponderações de Cesar Roberto Bitencourt e Juliano Breda: “*O cotidiano forense tem nos demonstrado que bom segmento da magistratura tem transformado meros ilícitos civis e administrativos em crimes, violando absurdamente o princípio da reserva legal, ao transformarem as normas administrativas do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional em fontes complementares da tipicidade penal, que deve ser estrita, como se estivéssemos ante norma penal em branco*” BITENCOURT, Cesar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 60-62. Mais especificamente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, Janaina Paschoal demonstra séria preocupação com a responsabilização de empregados de Bancos pelo crime de lavagem de dinheiro decorrente do mero descumprimento de dever administrativo de conhecer o seu cliente ou de deixar de comunicar operações suspeitas aos órgãos competentes. PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida**. Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 119-120.

⁶¹⁰ Defendendo a responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres administrativos relacionados à prevenção de lavagem de dinheiro, na doutrina espanhola: “*Por supuesto, también entra dentro del tipo de blanqueo de capitales la comisión por omisión dolosa, que se daría en los casos de los sujetos obligados por la legislación administrativa, omiten la información al SEPBLAC o no realizan dolosamente cualquiera de las medidas a las que están obligados*” COBO DEL ROSAL, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. **Blanqueo de capitales**, cit., p. 100.

Passa-se, pois, à análise dos elementos da omissão imprópria à luz do crime de lavagem de dinheiro. O primeiro elemento da omissão imprópria é a omissão da ação mandada. Desde que haja um mandamento e o agente não aja, estará satisfeito este requisito. O segundo elemento é a possibilidade de agir. Se o agente tinha capacidade e podia agir para evitar a prática da lavagem de dinheiro, também estará satisfeito o requisito. O terceiro elemento é a situação de perigo para o bem jurídico, isto é, o dever de agir tem como escopo evitar a lesão ao bem jurídico, que no caso da lavagem de dinheiro, é a ordem socioeconômica. O quarto elemento é a produção de um resultado típico. Ou seja, com a omissão, deve ter sido produzido o resultado típico, ou seja, deve ter ocorrido um dos tipos penais da lavagem de dinheiro. O quinto elemento é a posição de garantidor do agente, ou seja, ele tinha o dever de evitar a produção do resultado.

A primeira forma de posição de garantidor está prevista na alínea *a* do § 1º do artigo 13 do Código Penal, que é a decorrente de uma imposição legal. Portanto, se houver uma lei impondo um dever de evitar atos de lavagem de dinheiro, o sujeito obrigado deverá agir para impedir o resultado. Caso se omita, poderá responder pela prática delitiva a título de omissão imprópria⁶¹¹.

A segunda forma de posição de garante é aquela voluntária e consciente, a advinda de um contrato, prevista na alínea *b* do § 1º do artigo 13. Se houver previsão expressa no contrato, estatuto, ou em norma interna de uma instituição financeira, por exemplo, do dever de evitar os atos de lavagem de dinheiro, como, por exemplo, ao *compliance officer*, este assume a posição de garantidor, podendo incorrer na prática do crime de lavagem de dinheiro⁶¹².

Por fim, a terceira forma de posição de garante, da alínea *c*, é a em que o agente, com seu comportamento anterior, cria o risco da ocorrência do resultado. Se o agente criou o risco de ocorrer a lavagem de dinheiro, seja pelo descumprimento de um dever normal de diligência, ou por meio de normas institucionais ou técnicas de cuidado, ele se torna garante e deve evitar a ocorrência do resultado⁶¹³.

⁶¹¹ Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, cit., p. 198.

⁶¹² Conforme adverte Pierpaolo Bottini: “a mera assunção do cargo de diretor ou gerente não atrai, por si, o dever de garantia de evitar a prática de lavagem de dinheiro no setor, se desacompanhado de previsão expressa em ato normativo interno da empresa ou instituição” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, cit., p. 198.

⁶¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, cit., p. 199.

Preenchidos todos os requisitos da omissão imprópria é de se concluir ser possível, portanto, a responsabilização criminal pelo crime de lavagem de dinheiro em sua modalidade omissiva imprópria, desde que satisfeitos seus elementos objetivos, por qualquer uma das formas de posição de garantidor.

A partir dessa constatação, de possibilidade de cometimento do crime de lavagem de dinheiro por meio da omissão imprópria, é imperioso verificar se o descumprimento dos deveres administrativos impostos pela Lei 9.613/98 acarreta responsabilização criminal pela prática do crime de lavagem de dinheiro, por parte dos sujeitos obrigados no âmbito das instituições financeiras bancárias.

O primeiro dever imposto pela Lei 9.613/98 está previsto no inciso I do artigo 10 e dispõe que os sujeitos obrigados: *“identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes”*.

Entende-se que identificar seus clientes e manter os cadastros atualizados não são condutas penalmente relevantes no sentido de que as praticar evitar a ocorrência de lavagem de dinheiro. Este dever tem alguma relevância, apenas, para facilitar uma possível identificação de cliente lavador. Mas deixar de manter o cadastro do cliente em é um modo efetivo de concorrer a prática delitativa. O descumprimento deste dever não coloca em risco a ordem socioeconômico e nem implica a ocorrência do resultado. Portanto, não satisfaz dois dos elementos da omissão imprópria, seu descumprimento não agrega nenhum perigo ao bem jurídico penalmente tutelado, nem acarreta a realização dos resultados típicos, seja do *caput*, seja dos parágrafos, do artigo 1º da Lei 9.613/98.

O inciso II do artigo 10 determina:

“manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas”.

Essas operações, cujos registros devem ser mantidos, são consideradas atípicas e podem representar um ato de lavagem de dinheiro. Contudo, a manutenção desses registros não têm qualquer relevância no cometimento da lavagem de dinheiro, e deixar de registrar tais transações não implica realizar o resultado típico, nem afeta a ordem socioeconômica. Consequentemente, o descumprimento deste dever também não

satisfaz dois dos elementos da omissão imprópria, não agrega nenhum perigo ao bem jurídico penalmente tutelado, nem acarreta a realização dos resultados típicos do artigo 1º da Lei 9.613/98.

O inciso III do artigo 10 impõe o dever de *compliance*:

“deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”.

A adoção de políticas de controle que permitam atender ao disposto nos artigos 10 e 11, torna as instituições financeiras bancárias aptas a identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro, bem como permitem a posterior comunicação ao COAF. Caso não seja cumprido esse dever, não será possível o agente identificar as condutas suspeitas. Mas, uma vez mais, não se está diante de uma conduta que evita a prática de lavagem de dinheiro. A não implementação das políticas de controle impede a identificação das operações suspeitas, mas isso, por si só, não tem por consequência, a ocorrência de uma hipótese de lavagem de dinheiro. O deixar de implementar essas políticas não lesa a ordem socioeconômica. Consequentemente, assim como nos casos anteriores, mesmo que se deixe de observar tais deveres, os dois elementos da omissão imprópria acima elencados não se farão presentes, de forma que o descumprimento deste dever não implica no crime de lavagem de dinheiro.

O inciso IV do artigo 10 determina que as instituições financeiras: *“deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas”.* O cadastro das instituições financeiras no Banco Central, a toda evidência, também não evita a prática do crime de lavagem de dinheiro. Assim, se a instituição financeira deixa de se cadastrar ou de manter atualizado seu cadastro, tal omissão não implica, em si, a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, nem incrementa o perigo à ordem socioeconômica. Portanto, também não pode se considerar presentes esses dois elementos da omissão imprópria em relação ao dever aqui analisado.

O inciso V do artigo 10 determina que os sujeitos obrigados *“deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações*

prestadas”. Trata-se de mais um dever cuja não observância não acarreta o cometimento de lavagem de dinheiro, posto que inapto a produção do seu resultado em não afeta a ordem econômica. Portanto, também não se pode falar em omissão imprópria pelo descumprimento deste dever.

Passando à análise dos deveres do artigo 11 da Lei 9.613/98, o inciso I dispõe: *“dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se”*. O legislador está impondo aos sujeitos um dever de atenção, de manter-se em um estado de alerta para detectar eventuais operações suspeitas de lavagem de dinheiro. A obediência a tal dever é importante para que seja possível detectar tais operações e, em o fazendo, cumprir o dever do inciso II do mesmo artigo, de comunicar ao COAF tais atos suspeitos. Porém, ainda que o sujeito preste atenção e identifique operações suspeitas de lavagem, essa identificação não impede a prática de algum ato de lavagem de dinheiro. Conseqüentemente, o fato de o sujeito não dispensar especial atenção às operações suspeitas não implica a afetação ao bem jurídico tutelado, a ordem socioeconômica, nem implica a ocorrência do resultado típico. Portanto, também não estão preenchidos os requisitos da omissão imprópria.

O inciso II, alíneas *a* e *b*, trata do dever de comunicar ao COAF operações suspeitas de lavagem de dinheiro:

“II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização:

a) de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e

b) das operações referidas no inciso I”.

O descumprimento do dever de informar operações suspeitas de lavagem de dinheiro, é tido, por alguns autores nacionais, apto a caracterizar norma mandamental que impõe dever de agir cuja inobservância implica a prática do delito por omissão imprópria. Nesse sentido, mencione-se a posição de Carlos Fernando dos Santos Lima:

“Não se trata de uma solução facilmente transportável para o Brasil, mas, em tese, possível, se houver omissão de comunicação da descoberta pelo responsável pelo cumprimento da obrigação de

controle (dolo direto) de situação de ocultamento de bens ou valores (crime permanente)”⁶¹⁴.

Nesse mesmo sentido, em tratando do âmbito das instituições financeiras, defende Débora Motta Cardoso:

“no ambiente das instituições financeiras, o compliance officer pratica um delito de infração de dever ao se omitir em relação aos deveres de compliance estabelecidos na Lei de Lavagem de Dinheiro. Dito de forma objetiva, o crime em sua modalidade omissiva imprópria, se praticado pelo compliance officer, deverá ser classificado como infração de um dever”⁶¹⁵

A possibilidade de responsabilização penal pelo crime de lavagem de dinheiro, por omissão imprópria, decorrente do descumprimento do dever de comunicar uma operação suspeita, tem tido acolhida na doutrina espanhola. É o que defende Blanco Cordero:

“De la normativa administrativa que hemos expuesto en páginas anteriores que confiere a los empleados o directivos de las instituciones financieras la obligación de comunicación de las operaciones con indicios o certeza de que están vinculadas al blanqueo de capitales, se deriva una posición de garante penal según el art. 11 CP. Estas personas están legalmente obligadas a comunicar tales operaciones para evitar que se lleve a cabo un delito de blanqueo de capitales. Si los empleados o directivos infringen su deber de garante han de responder penalmente en comisión por omisión de los delitos de blanqueo de capitales que se produzcan. Se produce una ‘identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales’ entre la omisión del deber de comunicación y la realización activa del tipo. A las personas obligadas les corresponde el dominio sobre el riesgo típico de que se introduzcan en la economía legal los bienes de origen delictivo. Su decisión sobre el cumplimiento

⁶¹⁴ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Coord. Carla Veríssimo de Carli. 2^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 105.

⁶¹⁵ CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**, cit., p. 62.

o no de las medidas establecidas por la Ley y el Reglamento es determinante para la producción o no del resultado”⁶¹⁶.

Não obstante as posições acima defendidas, entende-se não omissão penalmente relevante em tal caso, com vistas ao cometimento do crime de lavagem de dinheiro. Isso porque a lei impõe ao agente obrigado o deve comunicar ao COAF uma operação que ele identificou como suspeita, dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Ou seja, o agente deverá comunicar uma operação que já fora realizada por ele, embora suspeita. A lei brasileira não impõe o dever de deixar de realizar a operação suspeita, mas sim de, em a realizando, comunicar para o órgão de controle. Assim sendo, o fato de o agente bancário não comunicar uma operação já realizada não fará com que ele contribua com a prática do crime de lavagem de dinheiro, que já terá sido praticado. Não será, portanto, o “deixar de comunicar” que acarretará a consumação do crime, mas sim a operação previamente realizada.

No que se refere à comunicação da proposta de uma operação suspeita de lavagem de dinheiro, também se está diante de um dever de comunicar. Diferentemente da situação anterior, neste caso, o crime ainda não ocorreu, o agente bancário ou gerente da instituição financeira tomou conhecimento de que seu cliente pretende realizar, por exemplo, uma transação bancária com valores em moeda estrangeira, incompatível com seu poder econômico e em descompasso com seu perfil.

O *compliance officer*, comunicando previamente a proposta ao COAF, com a possibilidade futura de realização de uma operação suspeita poderá, em tese, impedir a ocorrência do resultado. Isso porque, o resultado, consistente na lavagem de dinheiro, ocorrerá com a efetivação da transação bancária suspeita. Assim, se, havendo a comunicação prévia, fosse possível o COAF analisar a operação e dar uma resposta no sentido de que ela não deve ser realizada, pois há elementos concretos que indicam, com elevada probabilidade, que se tratará de um ato de lavagem de dinheiro, determinando à instituição financeira a não realização da operação, poder-se-ia supor que, ao não comunicar, o agente está concorrendo com o resultado típico.

⁶¹⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales**. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 131-132. Em outra obra, o mesmo autor: BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 345.

Porém, na prática, é muito improvável que isso aconteça. Uma vez recebida a informação pelo COAF, seja de uma operação suspeita já realizada, seja da proposta de realização de uma operação, a informação será objeto de um procedimento interno de verificação dessa informação, com a realização de várias consultas a dados, análise de tais elementos e cruzamento de informações, que poderão levar à elaboração de um Relatório de Inteligência Financeira⁶¹⁷. Como todo esse procedimento demanda um tempo significativo, não é praticamente viável uma resposta do COAF alertando, previamente a instituição financeira, para a não realização de tal operação suspeita que lhe foi proposta.

Como se percebe, o objetivo com a comunicação de proposta de realização de operações suspeitas não é impedir a prática daquela conduta que poderá caracterizar lavagem de dinheiro, mas sim colaborar com as investigações posteriores, sobre operações já realizadas. É o que explica Pierpaolo Bottini:

“a lei obriga a criação de estruturas de compliance para atender ao disposto no art. 10 (registro e transmissão de informações) e no art. 11 (comunicação de atividades suspeitas), sem qualquer referência expressa à evitação de atos de lavagem de dinheiro. Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas

⁶¹⁷ De forma explicativa, as informações feitas ao COAF seguirão os seguintes passos: *“As comunicações encaminhadas pelos setores obrigados pela Lei nº 9.613, de 1998 são recebidas pelo SISCOAF que, programado com regras de inteligência previamente definidas, efetua, eletronicamente, uma análise sistêmica e distribui as comunicações que deverão ser tratadas individualmente pelos analistas. Todas as comunicações recebidas e as análises realizadas são armazenadas no próprio SISCOAF, o que possibilita a construção de uma base de dados com volume crescente de informações, utilizadas como subsídios para a realização das análises subsequentes. Além dessa base de dados, são utilizadas outras fontes de informações como, por exemplo, Rede Infoseg (base de inquéritos), Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, Declaração de Operações Imobiliárias - DOI, Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE, Sistema de Informações Rurais – SIR, Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, Cadastro Nacional de Empresas – CNE, Análise das Informações de Comércio Exterior - Alice Web, Base de Grandes Devedores da União, Bases do TSE, Declaração de Porte de Valores – e-DPV, dentre outras. A maioria dessas bases de dados está integrada ao SISCOAF. Por meio da análise individualizada, o conteúdo das comunicações recebidas dos setores obrigados é avaliado e relacionado com outras informações disponíveis. Quando detectados sinais de alerta, é calculado o risco inerente à comunicação. Esse cálculo é efetuado de forma automatizada, pela Central de Gerenciamento de Riscos e Prioridades – CGRP. De acordo com o risco apurado na CGRP, são abertas pastas virtuais, chamadas ‘Caso’, para aprofundamento da análise. Além do cálculo do risco das comunicações, a CGRP efetua o gerenciamento e a hierarquização dos Casos abertos, permitindo a priorização daqueles com risco mais alto. O resultado das análises é registrado em documento denominado Relatório de Inteligência Financeira – RIF”* Disponível em: [<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/recebimento-e-analise-de-comunicacoes>]. Acesso em 11.01.2017.

*administrativas da Lei 9.603/1998 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria*⁶¹⁸.

Portanto, não se correto considerar que o descumprimento do dever administrativo do inciso II do art. 11, deixando de comunicação ao COAF ser a realização de operações suspeitas, seja a mera proposta de realização de uma operação suspeitas, possa acarretar uma situação de responsabilidade penal por omissão imprópria. O descumprimento desse dever não coloca em risco o bem jurídico protegido na lavagem de dinheiro, a ordem socioeconômica, e não implica nenhum dos resultados típicos do artigo 1º da Lei 9.613/98.

Por fim, cabe analisar o dever do inciso III do artigo 11, que prevê o dever de: *“comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II”*. Nesta situação, também não é possível ver, na violação de tal dever, a ocorrência de uma omissão penalmente relevante. Isso porque, não se trata de dever de evitar o resultado lavagem, mas exatamente do dever de comunicar a não ocorrência de operações suspeitas.

Conclui-se, portanto, que nenhum dos deveres dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98, impostos às instituições financeiras bancárias, obrigadas administrativamente nos termos do artigo 9º da mesma lei, se descumpridos, poderá acarretar na imputação do crime de lavagem de dinheiro, a título de omissão imprópria. Em todos eles, dois elementos da omissão imprópria não se verificam: a situação de perigo para o bem jurídico protegido, a ordem socioeconômica; e a ocorrência do resultado típico como decorrência da violação do dever.

Como visto no início do presente item, é possível, em tese, a prática do crime de lavagem de dinheiro a título de omissão imprópria. Porém, no caso dos deveres que hoje são impostos às instituições financeiras bancárias, por não corresponderem a deveres de evitação do resultado da lavagem de dinheiro, nem sequer afetam o bem jurídico tutelado, que é a ordem econômica.

Caso existia um dever de agir cuja observância possa efetivamente evitar a ocorrência resultado típico da lavagem de dinheiro, em tal situação se poderá cogitar de

⁶¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Da omissão penalmente relevante, cit., p. 200.

da prática do crime de lavagem de dinheiro por omissão imprópria. Mas, ainda assim, estarão preenchidos, apenas, os elementos para a adequação típica da omissão imprópria. Deverá se proceder, também, à verificação da tipificação subjetiva.

4.5.3 Da delegação da posição de garantidor nas instituições financeiras bancárias e a responsabilização criminal por lavagem de dinheiro

No item anterior conclui-se que, no estado da legislação atual, não parece possível a responsabilização pelo crime de lavagem de dinheiro pelo descumprimento dos deveres impostos às instituições financeiras bancárias, a título omissivo, vez que a inobservância de qualquer dos deveres do art. 10 e 11 da Lei 9.613/98 implicará efetiva lesão à socioeconômica, com a realização de um resultado típico de lavagem de dinheiro. Todavia, seja considerando a possibilidade de instituição de novos deveres, tornando concretamente viável a prática de lavagem de dinheiro na modalidade de omissão imprópria, passa-se a analisar, em abstrato, como se dá a delegação da posição de garantidor nas instituições financeiras bancárias.

Na atividade empresarial, de uma forma geral, é o empresário quem deve zelar para que a atividade da empresa não lesione bens jurídicos, sendo o sujeito que ocupa a posição de garantidor⁶¹⁹. Todavia, essas tarefas de evitar a lesão de um bem jurídico podem não ser realizadas pelo empresário diretamente, nos casos em que conte com outras pessoas, para quem delega sua execução das mesmas. Mesmo assim, entende-se que, ao delegar as funções de garante, o delegado, ainda assim, mantém o dever de garantidor⁶²⁰.

Conforme analisado no item 4.4.1, no caso da instituição financeira bancária, é a própria pessoa jurídica o sujeito obrigado, nos termos do artigo 9º da Lei 9.613/98,

⁶¹⁹ Conforme esclarece Silva Sánchez, os deveres de vigilância só são admitidos em relações verticais, ou seja, em que há uma hierarquia. Nas relações horizontais não há dever de vigilância em relação a seus pares, pois rege o princípio de separação de esferas. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In **Compliance y teoría del Derecho Penal**, cit., p. 93-94.

⁶²⁰ Em relação à delegação, explica Lascurain Sánchez: “Tomar aquí en serio la autonomía personal supone tomar en serio la delegación y considerar que la tarea encomendada forma también parte ya de la actividad autónoma del asumente, que quedará obligado a su inocuidad frente a la autonomía de terceros o del propio delegante. Así, junto con el mantenimiento de fuentes de riesgo en el propio ámbito y junto a la injerencia, es la asunción libre de una competencia de protección de la propia persona que la otorga o de un deber de garantía libremente delegados la tercera fuente de posiciones de garantía derivadas del ejercicio de la autonomía personal” LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión**: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002, p. 114-115.

cabendo-lhe a implementação das políticas de controle da lavagem de dinheiro e cumprimento dos deveres estabelecidos tanto pela própria lei quanto pelas regras do Banco Central. Contudo, a fim de se cumprir com presteza as determinações legais, as instituições financeiras passaram a delegar essa função a um *compliance officer*, a quem compete o dever da adoção das políticas internas no combate à lavagem de dinheiro, e que passou a assumir a posição de garantidor⁶²¹.

Especialmente no que se refere à função do *compliance officer*, essa tarefa pode ser realizada por qualquer dos sócios, acionistas, administradores, diretores ou gerentes, ainda que haja cumulação de funções, mas desde que sua posição de garantidor esteja devidamente estipulada por meio de contrato ou estatuto interno⁶²². Não há qualquer impedimento para a delegação desse poder de garantidor para o *compliance officer*, até mesmo porque, muitas vezes, para determinadas análises de perigo, se requer uma capacitação técnica específica, que o sócio ou administrador da empresa não possui⁶²³. Assim, a posição de garantidor em relação ao cumprimento dos deveres administrativos estabelecidos será do *compliance officer*. Numa estrutura organizacional de uma instituição financeira bancária, o setor de *compliance* é subordinado a algum outro, como o da Administração Geral, ou da Presidência, por exemplo. Portanto, o setor de *compliance* deve se reportar a algum setor a ele superior hierarquicamente.

Nas instituições financeiras, assim como nas médias e grandes empresas, em razão da complexidade das atividades e do volume de tarefas a serem desempenhadas pelo *compliance officer*, tem-se aceito, inclusive, a divisão de tarefas, de forma que, geralmente, haja um setor ou departamento de *compliance* composto por mais de uma pessoa. Nessas situações, deve haver um *chief compliance officer*, que será o responsável pelo departamento de *compliance*, com poder hierárquico em relação aos

⁶²¹ Conforme destaca Silva Sánchez: “Una forma de delegación especialmente relevante parece ser aquella en cuya virtud los órganos de administración de la empresa transfieren la gestión del programa de cumplimiento a un *compliance officer* o a un departamento de cumplimiento integrado por varias personas bajo la dirección de un *chief compliance officer* (CCO). Dentro de este departamento tendrán lugar, en principio, nuevas delegaciones” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial, cit., p. 103.

⁶²² De se destacar novamente o artigo 18, § 1º, da Circular 3.461, de 2009, que trata das sanções a serem aplicadas no âmbito administrativo ao responsável pelo cumprimento das obrigações, que estabelece que “o diretor indicado desempenhe outras funções na instituição, exceto a relativa à administração de recursos de terceiros”.

⁶²³ BACIGALUPO, Enrique. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. In *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 188.

seus subordinados. Portanto, nesses casos, também será possível o *chief compliance officer* delegar o poder de garantidor aos seus subordinados⁶²⁴.

O *compliance officer* deve possuir autonomia e independência em suas funções, e conforme deve constar no estatuto ou em contrato de trabalho, a ele caberá o poder de decisão sobre o cumprimento dos deveres. Por exemplo, é ele quem decide pela comunicação de operações suspeitas ao COAF, até porque essas comunicações deverão ser feitas em exíguo prazo (vinte e quatro horas). Logo, será ele o responsável criminalmente por eventual omissão no cumprimento de deveres que acarretem no resultado típico de lavagem de dinheiro.

No que se refere à responsabilidade criminal pela omissão no cumprimento de deveres de evitação da prática de lavagem de dinheiro, considerando que o *compliance officer* detém autonomia na realização de suas funções, e assumiu o papel de garantidor de evitar a lesão a bens jurídicos, a princípio, poder-se-ia imaginar que apenas ele poderia responder criminalmente ao se omitir do cumprimento de um dever. Porém, a definição de quem poderá ser responsável pela omissão dos deveres de *compliance* não é tão simples.

É possível haver casos em que também haja responsabilização criminal dos superiores hierárquicos do *compliance officer*. Isso ocorre porque, mesmo que eles tenham delegado a posição de garantidor ao *compliance officer*, tal delegação não é total. Aquele que delegou a posição de garantidor permanecerá como um garantidor mediato, que detém o dever de supervisão ou vigilância em relação ao delegado, que passou a ser o garantidor imediato. É o que esclarece Dopico Gómez-Aller: “*con la delegación el empresario no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Así, los que eran deberes de control y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado*”⁶²⁵.

Quanto à retenção do dever por parte do delegante, esclarece Renato Silveira:

⁶²⁴ Conforme esclarece Silva Sánchez, “*la posición del compliance officer excede a la de un mero delegado de vigilancia. Así, por ejemplo, le corresponde también la gestión de los medios de formación del personal de la empresa. Pero el compliance officer es, también, un delegado de vigilancia. Como tal delegado de vigilancia que gestiona un compliance program en principio bien diseñado, el compliance officer puede obrar con confianza en el buen funcionamiento del programa y en que este proporcionará indicios de la comisión de un hecho defectuoso*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial, cit., p. 103.

⁶²⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica. In **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Direc. Luis Arroyo Zapatero; Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant lo blanch, 2013, p. 172-173.

“Não existe, assim, uma liberação completa, por parte do delegante, de seus deveres organizativos. Ele mantém, assim, uma posição de garantia secundária, lastreada, ainda no dever de controle e segurança que seu papel de contenção de riscos lhe impõe. O responsável primário, obviamente, passa a ser o delegado, mas o gestor empresarial delegante deve, sempre, cuidar para que seu papel delegado seja idealmente cumprido. Em outras palavras, tem-se que o empresário delegante também assume um papel de responsabilidade, de devido controle, na escolha do delegado, bem como no controle e na vigilância do desempenho deste”⁶²⁶.

Analisando as funções que remanescem com o delegante, Silva Sánchez explica que:

“Al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos de riesgo que se hallan en el ámbito de competencia del delegado. Pero sí le incumben una serie de deberes con objetivo diverso: la correcta selección, formación – si fuera precisa – e información del delegado; la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diversos delegados; y sobre todo – al menos, eso es lo que suele indicarse – el deber de vigilancia”⁶²⁷.

É preciso, portanto, delimitar a medida ideal desse dever de supervisão ou vigilância. Como adverte Lascraín Sánchez, essa vigilância não pode ser de uma exigência tal que converta a delegação em um domínio mediato, que anule a vantagem de se proceder a delegações, mas também não pode ser de um nível tão baixo que faça desaparecer a posição de garantia do delegante. E propõe o autor a seguinte medida:

“La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por el

⁶²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial**: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 156. No mesmo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte General. 4ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2014, p. 534.

⁶²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial, cit., p. 81.

contrario, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia”⁶²⁸.

Dopico Gómez-Aller propõe duas formas de efetivação desse controle de vigilância por parte do delegante: os deveres de supervisão ativa e os deveres de supervisão reativa. No primeiro, se exige do delegante a realização periódica de tarefas ativas de supervisão em relação ao delegado, por meio de uma investigação ou uma inspeção. No segundo não se exige uma ação do delegante, a não ser que haja indícios de que esteja ocorrendo alguma atividade que demande seu atuar⁶²⁹.

No caso de instituições financeiras bancárias, como não há uma determinação legal ou uma regulação de como deve ser realizado esse controle de vigilância por parte da instituição em relação ao seu *compliance officer*, entende-se que essa regulação deverá ser realizada no âmbito interno de cada instituição.

Se for escolhida uma forma de vigilância mais intensa e ativa, e o *compliance officer* deixar de cumprir com um dever imposto para a prevenção da lavagem de dinheiro, deve-se analisar se o delegante cumpriu o seu dever de vigilância. Caso haja um sistema por meio do qual o delegante realiza a vigilância do delegado e tenha ele cumprido devidamente sua função de vigilante, não se poderia responsabilizá-lo criminalmente. Porém, caso ele não tenha supervisionado conforme exigido, ele será responsabilizado criminalmente juntamente com o *compliance officer*.

Na escolha de uma forma de supervisão reativa, caso não cheguem ao delegante informações que possam implicar um descumprimento de deveres por parte do *compliance officer*, não será possível impor a ele uma responsabilidade criminal pela omissão do delegado. Contudo, caso haja indícios de descumprimento desses deveres por parte do *compliance office*, mas nada fizer o delegante, este poderá ser responsabilizado criminalmente.

Essas formas de delimitar a responsabilidade do delegante em relação às funções do delegado servem não somente em relação à posição de garantidor que a instituição financeira delegou ao *compliance officer*, mas também pode ser aplicada, nos casos em que o delegante é o *chief compliance officer* e este delega algumas funções a seus subordinados.

⁶²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión**, cit., p. 117-118.

⁶²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tópica, cit., p. 173.

Contudo, considerando o maior grau de responsabilidade que uma instituição financeira deposita em seu *chief compliance officer*, sua maior capacitação e autonomia para a exercer suas funções, a vigilância que a instituição financeira exerce sobre ele é menor do que a vigilância que se exige do *chief compliance officer* em relação a seus subordinados. Assim, entende-se que o controle de vigilância por parte do *chief compliance officer* em relação a seus subordinados deve ser periódico e mais rigoroso.

Portanto, é possível, em tese, que administradores, sócios e acionistas venham a ser responsabilizados criminalmente pelo crime de lavagem de dinheiro, por omissão no cumprimento de deveres advindos do setor de *compliance*, caso eles não exerçam o dever de vigilância, que lhes restou ao delegar a posição de garantidor ao *compliance officer*⁶³⁰.

Da mesma forma, também será possível que o crime de lavagem de dinheiro seja imputado ao *chief compliance officer*, caso este se omita em seu dever de vigilância em relação a seus subordinados no departamento de *compliance*⁶³¹.

Os empregados do banco que atuam no setor de *compliance*, ainda que subordinados ao *chief compliance officer*, ao descumprir um dever que lhes foi imposto, o qual implique a prática do crime de lavagem de dinheiro, também, poderão responder criminalmente pelo crime de lavagem, a título de omissão imprópria.

Por fim, os demais empregados que atuarem no banco em setores diversos do *compliance* também poderão responder criminalmente por lavagem de dinheiro, a título de omissão imprópria, se exercerem atividade na qual tenham por obrigação cumprir com os deveres administrativos impostos, desde – ressalte-se – esse dever evite a prática do crime de lavagem de dinheiro.

⁶³⁰ Nesse sentido, Silva Sánchez: “*la implantación de un compliance program eficaz ex ante tiene, de entrada, un efecto de exclusión de responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica. Pero estos, en todo caso, siguen ostentando la obligación de gestionar, si bien través de terceros, dichos compliance program. Una gestión defectuosa del programa puede generar, por tanto, responsabilidades penales conforme a reglas generales*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial, ciut., p. 103.

⁶³¹ Também quanto a esse aspecto, Silva Sánchez: “*es cierto que la implantación de compliance programs hace surgir nuevas posiciones de deber para personas físicas. Pues tales programas contienen controles que deben ser asignados precisamente a personas físicas. Así, es cierto que para estas personas surgen nuevos deberes, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad penal. Este es el caso, entre otros, de los compliance officer*” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial, ciut., p. 103.

CAPÍTULO 5 – O ELEMENTO SUBJETIVO DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO FINANCEIRO BANCÁRIO

No capítulo 3, foi exposto o problema de se considerar o dolo nos moldes do disposto no artigo 18, *caput*, inciso I, do Código Penal, entendendo como doloso o crime quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, de acordo com as espécies dolo direto e dolo eventual. Propôs-se que o elemento volitivo do agente é indiferente para a configuração de uma conduta dolosa, devendo ser considerado, apenas, o conhecimento. Este conhecimento deve ser considerado a partir de critérios objetivos, segundo os quais se possa concluir que aquela conduta corresponda a um método idôneo para provocar o resultado, ou seja, que tenha elevada probabilidade de causar o resultado. Deve-se considerar que pessoa que age e pensa racionalmente somente atuaria desta maneira se quisesse o resultado. Portanto, nesta situação se poderia atribuir o dolo ao agente.

No capítulo 4, foi analisada a lavagem de dinheiro, com sua origem histórica e movimentos internacionais para que os diversos países passassem a incriminá-la em seus ordenamentos jurídicos. Demonstrou-se, principalmente, a importância em se definir o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, pois, embora o legislador não tenha tipificado todas as fases da lavagem, ao se considerar como bem jurídico tutelado a ordem socioeconômica, deve-se tê-lo como norte para compreender a tipificação do crime na legislação nacional.

Estabelecidas essas premissas quanto ao delito de lavagem de dinheiro, resta analisar sua tipicidade subjetiva⁶³². No que diz respeito à lavagem de dinheiro na modalidade dolosa, serão analisadas três questões principais: a primeira, qual o conhecimento exigido do agente quanto à proveniência delitativa do bem, direito ou valor; a segunda, qual o conhecimento exigido quanto a saber que com sua ação estar

⁶³² Na doutrina espanhola, especialmente em razão de se punir a prática culposa da lavagem de dinheiro, há uma acentuada preocupação com a delimitação do elemento subjetivo na lavagem de dinheiro, como destaca Juan Antonio Aliaga Méndez: *“La extensión con la que se formula el precepto genera la sensación inicial de una especie de contagio generalizado a toda aquella persona que tenga contacto, prácticamente de cualquier tipo, con activos sobre los que conozca su origen delictivo. La tendencia a la objetivación respecto de cómo se adquiere el conocimiento del origen, junto con la progresiva consolidación de la forma comisiva imprudente, denotan al precepto de una capacidad incriminadora extraordinaria”* ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. **Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales**. Adaptada a la Ley 10/2010. Madrid: La Ley, 2010, p. 15.

realizando parte de um processo de lavagem de dinheiro; a terceira, e subordinada às duas primeiras, qual o grau exigido de tais conhecimentos. Também será objeto de análise se a cegueira deliberada poderia ser admitida no direito pátrio, equiparada à figura do dolo, como vem entendendo parte da doutrina e alguns tribunais pátrios. Por fim, ainda relativo ao elemento subjetivo, será necessária verificar se seria adequada a tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico nacional.

5.1 Crítica quanto a uma visão tradicional do dolo na lavagem de dinheiro

No que se refere à tipicidade subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, parece que a maior preocupação dos doutrinadores nacionais é determinar se as condutas tipificadas no artigo 1º da Lei 9.613/98 admitem o dolo eventual ou, apenas, o dolo direto, ou seja, se basta que ele assuma o risco de sua produção ou se deve o agente ter intenção de praticar os tipos penais. Porém, nem em relação a quem adota cada uma dessas duas posições, pode-se encontrar uma uniformização na doutrina.

Há autores que defendem que, em relação a todos os tipos do artigo 1º da Lei 9.613/98, somente se admite o dolo direto, mas exigindo apenas o conhecimento da origem ilícita dos bens, direitos ou valores:

“Cabe dizer se o tipo penal se perfaz somente com o emprego do dolo direto (em que deve haver a combinação entre consciência e vontade do agente, destinadas ao fim da prática criminosa), ou se também será juridicamente correto imputar-lhe responsabilização criminal em consonância com o dolo indireto ou eventual (decorrente da assunção do risco de se produzir o resultado criminoso). Para nós, tão somente o dolo direto pode ser aceito. Pensamos dessa forma desde a promulgação da Lei de Lavagem e estamos mantendo esse posicionamento, mesmo após a significativa reformulação que foi ditada pela Lei 12.683/2012. Não aceitamos a imputação penal subjetiva, em sede aplicativa de dolo eventual, porque, em qualquer das modalidades do crime de lavagem, compreendendo não só a figura principal descrita no caput do art. 1.º, mas também em todas as demais condutas paralelas evidenciadas nos seus dois parágrafos e incisos, cujas redações já explicitamos no item 2 deste trabalho, necessariamente, deve vincular-se a configuração do

desrespeito à norma proibitiva de conduta (crime de lavagem) com obrigatória comprovação do seguinte ‘elemento normativo do tipo’: ciência prévia, ou a ocorrência de ação consciente por parte do agente, no sentido de que os bens procedem de uma infração penal anterior. Dizendo com outras palavras, caracteriza-se o crime de lavagem quando o sujeito ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimento ou propriedade de bens, direitos ou valores, ‘sabendo’ que estes são provenientes de uma infração penal primária (crime ou contravenção penal antecedente). E também nas condutas alternativas se verifica a inviolável vinculação do tipo penal à prévia ciência da origem ilícita dos bens, direitos e valores’⁶³³.

Como se vê, de acordo com o entendimento de Marco Antonio de Barros e Thiago Silva, para o crime de lavagem de dinheiro, apenas se admite o dolo direto, consistente na “*combinação entre consciência e vontade do agente, destinadas ao fim da prática criminosa*”⁶³⁴. Ao explicitar mais detalhadamente, contudo, os autores mencionam, apenas, a necessidade de conhecimento da proveniência ilícita e a possibilidade de o agente entender o caráter ilícito de sua conduta. É interessante notar que não é feita uma análise de como o requisito volitivo estaria preenchido, uma vez que se exige, apenas, o conhecimento da origem ilícita.

Em sentido similar, Antônio Sérgio Pitombo também defende que a lavagem de dinheiro apenas pode ser realizada por meio de dolo direto, porém, o elemento cognitivo do dolo estaria no conhecimento da origem ilícita e o elemento volitivo na vontade de ocultar ou dissimular:

“Acima, afirmou-se que, na lavagem de dinheiro, o crime anterior constitui elemento objetivo do tipo, assim como se adotou o dolo como o conhecer e o querer os elementos objetivos típicos. A prática da lavagem de dinheiro depende, portanto, de o sujeito ativo saber da origem ilícita dos bens, para concretizar-se o tipo doloso. Isto quer dizer, o agente precisa ter ciência do delito prévio e querer realizar a ocultação ou a dissimulação da origem ilícita. Entende-se que o dolo, no delito de lavagem de dinheiro, ostenta-se dolo direto,

⁶³³ BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**. vol. 957, 2015, p. 203-256.

⁶³⁴ BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos, cit., 203-256.

não obstante tenha sido retirado do anteprojeto da lei a expressão ‘sabendo serem oriundos’, a fim de, pretensamente, abrigar o dolo eventual. (...) a intencionalidade de ocultar ou dissimular não dá abrigo à assunção de risco; ao contrário, exige ação com conhecimento prévio do crime-base, conduzida a partir da decisão de alcançar o resultado típico”⁶³⁵.

Para o autor, o dolo direto se perfaz com o conhecimento e a vontade de realizar os elementos do tipo. Porém, segundo ele, o conhecimento deve se referir ao delito antecedente e a vontade à realização da ocultação ou dissimulação. Ou seja, para um dos elementos do tipo se exige o conhecimento, para outro a vontade.

Em sentido oposto, há doutrinadores que admitem o dolo eventual para todas as figuras da lavagem de dinheiro. Assim posiciona-se Rodolfo Tigre Maia:

“O elemento subjetivo por essência deste tipo penal é o dolo direto, isto é, a vontade livre e consciente de realizar o tipo objetivo (ocultar ou dissimular a natureza, a origem, etc.), com o conhecimento dos elementos normativos integrantes deste e sem exigência de qualquer especial fim de agir. (...) A dúvida acerca da origem criminosa do objeto material ou da natureza do crime anterior, à qual o agente permanece indiferente, assumindo os riscos e realizando a ação típica, caracterizará dolo eventual? (...) Diante da inexistência de qualquer restrição, sob a forma de elemento especial constitutivo do dolo e indicativo de sua natureza (‘sabe’, apontando dolo direto; ou ‘devia saber’, característico do dolo eventual), e sendo factível sob o ponto de vista lógico sua ocorrência, é de se concluir ser cabível o dolo eventual no tipo básico da ‘lavagem’ de dinheiro, com as já apontadas dificuldades para seu reconhecimento prático”⁶³⁶.

Pelo que se depreende da leitura acima, o dolo na lavagem de dinheiro seria a vontade de realizar o tipo (ocultar ou dissimular), com o conhecimento dos elementos integrantes do tipo. A dúvida acerca da origem delitiva permite a imputação do crime a

⁶³⁵ PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 136.

⁶³⁶ MAIA, Rodolfo Tigre Maia. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 88. Nesse mesmo sentido, defendem: OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas, cit., p. 327; MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org.). **Lavagem de Dinheiro**. Comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 101.

título de dolo eventual, e nada se diz quanto à ocultar ou dissimular, será exigido, ao menos, o conhecimento.

Também admitindo o dolo eventual para todas as modalidades da lavagem de dinheiro, Carla de Carli entende que estará caracterizado do crime de lavagem se o agente apenas assumiu o risco de que os bens tivessem origem ilícita:

“Essencial no tipo de ocultação ou dissimulação (assim como nos demais tipos) é o conhecimento da origem ilícita dos bens, direitos e valores (...). Assim, é preciso que a acusação prove não apenas a proveniência ilícita dos bens e valores, mas também que o agente da lavagem tinha conhecimento dessa circunstância, ou que assumiu o risco de que os bens tivessem origem criminosa, pois o tipo, sendo doloso, exige a consciência da origem ilícita (ao menos com dolo eventual) e a vontade de ocultar ou dissimular”⁶³⁷.

A autora apenas trabalhou com a possibilidade de dolo eventual se o agente não tinha certeza a origem ilícita. Quanto a ocultar e dissimular, ao que parece, a autora continua exigindo a vontade.

Pierpaolo Bottini, de maneira um pouco diversa, se posiciona contrariamente à admissão do dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro, tanto por razões de política criminal, quanto de um ponto de vista sistemático⁶³⁸. Porém, reconhece que, no que toca ao disposto no inciso I do § 2º do artigo 1º da Lei 9.613/98, o dolo eventual passou a ser admitido, após a edição da Lei 12.683/2012. Esclarece que, na redação original de tal dispositivo, punia-se o agente que utilizava, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores “que sabia serem provenientes” de um dos crimes antecedentes. Com as alterações promovidas pela Lei 12.683/2012, o tipo passou a prever a conduta do agente que utiliza na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores “provenientes” de infrações penais. Interpreta que tal alteração legislativa, portanto, teve o intuito de permitir a prática desta modalidade delitiva por meio de dolo eventual:

“A supressão da expressão ‘que sabe’ na reforma de 2012 teve o claro objetivo de agregar a punição pelo dolo eventual. O

⁶³⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 187.

⁶³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 141. Ainda de acordo com Bottini, de um prisma sistemático, o dolo eventual não é admitido na lavagem de dinheiro, pois, quando o legislador o admite, o prevê expressamente, através da expressão “deve saber”. Do ponto de vista político criminal, a aceitação do dolo eventual no conhecimento da procedência ilícita do bem inviabilizaria algumas atividades econômicas e financeiras, pois sempre poder-se-ia desconfiar da origem de valores. *Idem, ibidem*, p. 141.

*legislador estendeu a tipicidade àquele que suspeita da proveniência infracional dos bens, e ainda assim os utiliza na atividade econômica ou financeira, assumindo o risco de praticar lavagem de dinheiro*⁶³⁹.

Percebe-se que Bottini se preocupou em analisar mais detidamente o dolo eventual em relação a todos os elementos do tipo, ao associar a assunção do risco tanto para a procedência ilícita quanto para a prática da lavagem de dinheiro. Mas, como se verifica, não há na doutrina nacional uma definição uniforme acerca da modalidade do dolo mediante a qual pode ser praticado o crime de lavagem de dinheiro, se dolo direto ou dolo eventual, como também não se pode extrair um entendimento acerca do conhecimento que se exige da proveniência ilícita dos bens, direitos ou valores, ou do conhecimento de estar inserido em um processo de lavagem de dinheiro. E, principalmente, permanece ainda sem uma definição quanto ao grau desses conhecimentos. Não nos parece resolver o problema simplesmente adotar uma posição de se exigir sempre a certeza ou aceitar a mera suspeita, ou seja, defender a prática da lavagem de dinheiro apenas por meio de dolo direto ou, também, com dolo eventual. Até porque, além de o Código Penal não diferenciar a pena a ser aplicada no caso de dolo direto e de dolo eventual, também, não há uma disposição expressa sobre quais tipos penais admitem uma modalidade do dolo ou a outra.

Enquanto a doutrina caminha no sentido de delimitar a prática da lavagem de dinheiro ao dolo direto, para algumas condutas, verifica-se, na jurisprudência, uma tendência a considerar que todos os tipos admitem o dolo eventual e, principalmente, em ampliar o espectro do dolo eventual, incluindo, por exemplo, a cegueira deliberada, para que o agente não fique impune pela conduta praticada, uma vez que não há a tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro⁶⁴⁰.

Contudo, como já exposto, entende-se que os conceitos que hoje são empregados no Direito Penal Brasileiro quanto ao dolo, subdividindo-o em dolo direto e dolo eventual, exigindo-se o conhecimento e a vontade, em relação ao primeiro, ou o

⁶³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 162. Nesse mesmo sentido, analisando a legislação brasileira: AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**, cit., p. 55.

⁶⁴⁰ A título de exemplo, cite-se os seguintes julgados, que serão analisados mais detidamente no item 5.3. Ação Penal nº 0014586-40.2005.4.05.8100, 11ª Vara Federal da Justiça Federal de Fortaleza, j. 28.06.2007; STF, Ação Penal n. 470, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012; TRF4, ACR 2006.71.00.036774-1, 8ª T., Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22.07.2009.

conhecimento e a assunção do risco, quanto ao segundo, não solucionam os problemas enfrentados na análise do elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro.

Por essa razão, mostra-se necessária uma análise mais detalhada de como se propõe que seja aplicado o conceito de dolo aqui adotado a cada uma das modalidades de lavagem de dinheiro tipificadas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de solucionar os problemas que hoje são enfrentados.

5.2 Proposta para a tipicidade subjetiva na lavagem de dinheiro na Lei 9.613/98

Embora a lavagem de dinheiro seja caracterizada por uma complexa estrutura, com o fim de conferir aparência lícita a bens, direitos e valores de origem ilícita, conforme já analisado no capítulo 4, a legislação nacional baseou-se em precedentes jurídicos-internacionais, tais como a Convenção de Viena e demais instrumentos internacionais, tipificando como delitos condutas caracterizadoras de apenas algumas fases ou etapas do processo de branqueamento. Ou seja, não exigiu para a configuração da lavagem de dinheiro o término do processo de reciclagem.

No entanto, o entendimento dessa complexidade que constitui a lavagem de dinheiro é de suma importância pois, para analisar sua tipificação penal, deve-se ter em vista que a lavagem de dinheiro não é apenas o ocultar ou dissimular um bem de origem ilícita. Ela exige mais. É necessário que operação seja um passo ou etapa apta à finalidade da lavagem, que é a reinserção dos bens na economia com a aparência de licitude. Ainda que não se exija a realização da última etapa para se consumir os tipos previstos na Lei 9.613/98, não se pode perder de vista que a reinserção deve ser o objetivo final das operações. Até mesmo porque, como se defendeu no capítulo 4, o bem jurídico protegido pela norma é a ordem socioeconômica. Se a operação não for uma etapa para reinserir, posteriormente, aquele bem no sistema financeiro, em algumas situações não se poderá afirmar que a ordem socioeconômica correu risco de ser atingida. E não haveria razão para diferenciá-la de uma conduta de receptação ou de favorecimento real.

Conforme exposto no capítulo 3, entende-se que ser indiferente o elemento volitivo do agente para a configuração de uma conduta dolosa. A intenção, o querer, a vontade do agente não deve ser considerada para o dolo, pois desnecessária. Para a configuração de uma conduta dolosa, deve-se exigir o conhecimento dos fatores

integrantes do risco de realizar o tipo penal. Esse risco deve possuir uma probabilidade relativamente alta para realização do resultado típico, para que possa ser considerado como sendo um método idôneo para causar o resultado. Além disso, do ponto de vista da lesividade do bem penalmente tutelado, não se pode deixar de distinguir o ocultar uma coisa ilícita simplesmente colocando-a formalmente sob a titularidade de outrem, da realização desse ato, tendo o conhecimento de que é altamente provável – do ponto de vista objetivo – que tal agir é apto a permitir que haja uma futura reintegração daquele bem na economia.

A partir dessas premissas, serão verificadas, para cada um dos tipos penais de lavagem de dinheiro, qual o conteúdo do conhecimento exigido por parte do agente. Deve ele saber que está realizando uma operação ou atividade com um bem, direito ou valor de proveniência ilícita? Deve o agente ter conhecimento de o seu ato de ocultar, dissimular, ou converter bens integra um mais amplo processo de lavagem de dinheiro? E qual o grau exigido de cada um desses conhecimentos? Deve o agente ter certeza de que o bem, direito ou valor é proveniente de um delito, o basta que esteja convencido da probabilidade de tal ilicitude? Por outro lado, é preciso que o agente saiba, seguramente, que o seu ato se insere numa sequência de atos de de um processo de lavagem de dinheiro, ou basta que ele considere ser provável que esteja colaborando para o branqueamento daquele bem?

5.2.1 Artigo 1º, *caput*

No ordenamento jurídico brasileiro, os tipos penais de lavagem de dinheiro encontram-se no artigo 1º, *caput*, §§ 1º e 2º, da Lei 9.613/98. Não cabe, na esteira deste trabalho, realizar uma análise crítica da tipicidade objetiva do crime de lavagem de dinheiro, apenas expor quais as condutas tipificadas pelo legislador brasileiro, base a partir da qual será analisada a tipicidade subjetiva.

A primeira figura delitiva de lavagem de dinheiro está definida no artigo 1º, *caput*, que tipifica como delito “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Tal figura delitiva corresponde ao disposto no artigo 3º, *b*, *ii*, da Convenção de Viena⁶⁴¹, no artigo 6º, n. 1, *a*, *ii*, da Convenção de Palermo⁶⁴² e no artigo 23, n. 1, *a*, *ii*, da Convenção de Mérida⁶⁴³. Outros ordenamentos jurídicos também tipificam a ocultação e a dissimulação dos bens de proveniência ilícita, como ocorre na Alemanha⁶⁴⁴, na Espanha⁶⁴⁵ e em Portugal⁶⁴⁶.

Os verbos núcleos desse tipo penal são ocultar e dissimular. Na língua portuguesa, o verbo ocultar corresponde a esconder⁶⁴⁷, enquanto dissimular pode ser equiparado a disfarçar⁶⁴⁸. Mas, para a tipificação do crime de lavagem de dinheiro, não é suficiente que se oculte o bem proveniente de um delito antecedente, por exemplo, enterrando-o no jardim de uma residência. Esses verbos não podem ser interpretados

⁶⁴¹ Dispõe o artigo 3º, *b*, *ii*, da Convenção de Viena: “*ii: a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão*”.

⁶⁴² Dispõe o artigo 6º, n. 1, *a*, *ii*, da Convenção de Palermo: “*ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime*”.

⁶⁴³ Dispõe o artigo 23, n. 1, *a*, *ii*, da Convenção de Mérida: “*ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, situação, disposição, movimentação ou da propriedade de bens o do legítimo direito a estes, sabendo-se que tais bens são produtos de delito*”.

⁶⁴⁴ Dispõe o § 261, n. 1, do Código Penal Alemão: “*(1) Whoever hides an object which is derived from an unlawful act named in sentence 2, conceals its origin or obstructs or endangers the investigation of its origin, its being found, its forfeiture, its confiscation or its being taken into custody, shall be punished with imprisonment from three months to five years*”. Disponível em: [<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>]. Acesso em 01.07.2017.

⁶⁴⁵ Dispõe o artigo 301, n. 2, do Código Penal Espanhol: “*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*”.

⁶⁴⁶ Dispõe o artigo 2º, *b*, do Decreto Lei 325/95, de Portugal: “*b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou direitos a eles relativos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos*”.

⁶⁴⁷ Na língua portuguesa, por ocultar entende-se: “*1. não (se) deixar ver; encobrir(-se), esconder(-se); 2. não revelar, não demonstrar; disfarçar, dissimular; 3. deixar de mencionar ou de descrever, nos casos em que a lei exige a menção ou a descrição; sonegar*” HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro, 2001, p. 2049. No Direito Penal, o verbo *ocultar*, como núcleo do tipo, é encontrado, por exemplo, no crime de receptação, que dispõe: “*Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte*”. Ou então, nas palavras de Edgard Magalhães Noronha: “*Exprime-se a ação de subtraí-la das vistas de outrem; colocá-la em lugar onde não possa ser encontrada; ou apresentá-la por forma que torne irreconhecível, tudo fazendo difícil ou impossível a recuperação*” NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 21ª ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 488.

⁶⁴⁸ Na língua portuguesa, dissimular é: “*1. esconder os próprios sentimentos, intenções, desejos etc.; 2. ocultar, disfarçar (idade, erro, defeito etc.); 3. suavizar o resultado de (algo); 4. aparentar o contrário do que de fato ocorre; fingir, simular; 5. agir com dissimulação, com reserva, com discricção; 6. colocar(-se) de modo que não seja visto; ocultar(-se), esconder(-se)*” HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, cit., p. 1059.

isoladamente, sem que se considere os demais elementos do tipo penal, e sem que leve em consideração que eles estão inseridos em um contexto de lavagem de dinheiro.

Primeiramente, é de se esclarecer que o que será objeto de ocultação ou dissimulação não é o bem material, mas sim uma qualidade de tal bem, como sua natureza, origem, localização ou disposição, bem como se oculta ou dissimula a movimentação ou a sua propriedade. Portanto, para a configuração do tipo em comento, deve se ocultar ou dissimular aquelas características do bem, direito ou valor, elencadas pelo legislador.

Nesse sentido, defende Carla de Carli:

“O que se oculta ou dissimula, então, é a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do bem. A conduta recai sobre o objeto material do delito: os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime anteriormente praticado, quer pelo mesmo agente, quer por outrem. Ou seja, não é apenas ocultar o produto ou proveito do crime (sua localização), mas ocultar ou dissimular uma característica qualquer desse produto ou proveito (sua origem criminosa, sua natureza, disposição, movimentação ou propriedade)”⁶⁴⁹.

Portanto, não se oculta ou dissimula-se o bem, direito ou valor, mas sim seus atributos: a natureza é a sua essência, a qualidade, o tipo ou espécie do bem, direito ou valor; a origem do bem é de onde ele provém, sua fonte; a localização é o lugar em que se encontra, onde pode ser achado; a disposição pode ser entendida como a forma em que o bem, direito ou valor está sendo utilizado ou o estado em que se encontra; a movimentação é a sua circulação, seu trânsito, ou até mesmo seu fluxo, se considerar sob um aspecto contábil; por fim, a propriedade é a titularidade, a quem pertence o bem, direito ou valor.

O objeto material do tipo principal da lavagem de dinheiro são os bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. O significado de bens pode ser entendido como *“os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos,*

⁶⁴⁹ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 187. Também nesse sentido: CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 112-113. Em sentido contrário, entendendo que a ocultação e a dissimulação podem recair sobre o próprio bem: BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 344; ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 239.

móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos”, conforme dispõe a Convenção de Palermo em seu artigo 2º, alínea *d*. Ou conforme consta da Diretiva 2005/60/CE, em seu artigo 3º, n. 3:

“ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, bem como documentos legais ou outros instrumentos, independentemente da forma que assumam, incluindo electrónica ou digital, comprovativos da propriedade desses activos ou dos direitos a eles relativos”.

De acordo com Rodolfo Tigre Maia, bastava que o legislador utilizasse o elemento “bens”, que nele estariam incluídos os “direitos” e os “valores”⁶⁵⁰.

Os bens, direitos e valores, para fins de tipificação do crime de lavagem de dinheiro, devem ser provenientes direta ou indiretamente de infração penal. Serão provenientes direta quando tiver ligação imediata com o delito anterior, como, por exemplo, o dinheiro roubado. E serão indiretamente provenientes da infração penal quando já tiverem sofrido transformação, como é o caso, por exemplo, do automóvel adquirido com o dinheiro roubado⁶⁵¹.

Por infração penal, pode se entender qualquer crime ou contravenção penal, desde que tenha gerado algum bem, direito ou valor, direta ou indiretamente. Um delito que, por sua própria essência, não gere qualquer vantagem econômica ao seu autor, não será apto a caracterizar infração antecedente da lavagem de dinheiro⁶⁵². Além disso, deve haver uma relação de causalidade entre o delito antecedente e a lavagem de dinheiro, ou seja, não basta a existência de um crime antecedente, o produto ou proveito cuja qualidade foi ocultada ou dissimulada deve se referir àquele crime antecedente⁶⁵³.

Considerando que as condutas de ocultar e dissimular correspondem, respectivamente, à primeira e à segunda fase da lavagem de dinheiro, não se exige para a tipificação do crime a terceira fase, qual seja, de integração. Porém, entende-se que a ocultação e a dissimulação devem ser realizadas como meio para que seja completado o processo de lavagem de dinheiro.

⁶⁵⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 61.

⁶⁵¹ Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 110; PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 106-107.

⁶⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 110.

⁶⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 111.

Isso significa que ocultar o produto ou proveito de um crime antecedente, para, posteriormente, ser utilizado pelo próprio agente para aquisição de bens de consumo pessoal, não caracteriza lavagem de dinheiro, mas mero exaurimento do delito antecedente⁶⁵⁴. Também não se configura lavagem de dinheiro com a mera ocultação de bem que seja produto de crime, isso poderia configurar o crime de receptação ou de favorecimento real⁶⁵⁵. A diferença entre essas situações e o crime de lavagem de dinheiro está no fato de que a ocultação deve ser compreendida como um ato prévio à reintegração do bem com aparência de licitude⁶⁵⁶. E esse requisito é essencial para a configuração do delito.

Considera-se, portanto, que devam ser objetos do conhecimento a) a proveniência ilícita do bem, direito ou valor; b) que com aquela conduta está-se ocultando ou dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade; c) que essa ocultação ou dissimulação é parte integrante de um esquema de lavagem de dinheiro.

Como se defende que, para a tipicidade subjetiva, não se exige nada além do aspecto cognitivo, o dolo na conduta do *caput* do artigo 1º da Lei 9.613/98 deve recair, apenas, quanto ao conhecimento desses três elementos.

Iniciando a análise pelo a) conhecimento da proveniência ilícita dos bens, direitos e valores, não parece haver divergências na doutrina quanto ao fato de que, para a tipificação subjetiva, exige-se que essa proveniência ilícita seja de conhecimento do autor⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ É o que esclarece Pierpaolo Bottini: “*Se alguém rouba um banco e esconde o dinheiro para depois usá-lo para aquisição de bens de consumo pessoal, em seu próprio nome, como carros ou imóveis, oculta o dinheiro do ponto de vista objetivo, mas não há tipicidade de lavagem de dinheiro porque sua intenção não é a reciclagem do capital, mas apenas exaurir o crime antecedente. O agente não busca conferir uma aparência lícita aos bens obtidos pelo crime, mas apenas aguardar o melhor momento para usufruí-los*” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 121. Nesse sentido: PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 108; CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 189.

⁶⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 151.

⁶⁵⁶ Quanto à exigência de que a ocultação seja um passo para a posterior reintegração do bem: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipo penais, cit., p. 121-122.

⁶⁵⁷ Nesse sentido, na doutrina nacional: BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 62-63; MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., 86; CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 184. No mesmo sentido, na doutrina espanhola, em relação ao tipo penal equivalente (art. 301, n. 2, do Código Penal Espanhol), Blanco Cordero: “*Puesto que el dolo ha de abarcar todos los elementos del tipo, y dado que el elemento típico del delito de blanqueo es que ele bien tenga origen delictivo, se infiere que el autor ha de conocer la comisión de un delito previo*” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 356. No mesmo sentido, entre outros: ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 267.

Quanto ao objeto do conhecimento, não se exige que o agente saiba exatamente qual a infração penal antecedente. O conhecimento deve abarcar que o bem, direito ou valor tenha uma origem ilícita, independente de qual seja, de quando tenha sido praticada, ou quem foi seu autor⁶⁵⁸. Essas questões poderiam ser relevantes quando havia um rol taxativo de crimes antecedentes, em que não se admitia a prática de lavagem de dinheiro de bens oriundos de todos os delitos, nem de contravenções penais. Atualmente, considerando a mudança legislativa, é suficiente que o conhecimento seja de que o bem, direito ou valor provenha de uma infração penal.

A grande dúvida que se coloca refere-se ao grau que se exige desse conhecimento para a caracterização do dolo, ou seja, se exige certeza de que tal bem provém de um delito antecedente ou se basta uma alta probabilidade. Para os autores que somente admitem o crime de lavagem de dinheiro por meio de dolo direto, exige-se a certeza quanto ao fato de que o bem provem de uma infração penal⁶⁵⁹. Já os autores que admitem o crime de lavagem de dinheiro praticado com dolo eventual entendem não ser necessário que o agente saiba da proveniência ilícita, bastando que devesse saber⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ De uma forma geral, a doutrina entende que não se exige o conhecimento efetivo de qual foi o delito antecedente praticado, desde que o sujeito saiba que aquele bem tem origem de um delito. Na doutrina nacional, de se destacar o posicionamento de Pierpaolo Bottini, para quem “*o autor deve ter completa consciência da origem ilícita dos bens para a lavagem de dinheiro na forma do caput do art. 1º*” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 140. Nesse mesmo sentido: BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, cit., p. 203-256; PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 141. O mesmo se verifica na doutrina espanhola: Díez Ripollés, José Luis. El Blanqueo de Capitales Procedentes del Tráfico de Drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. **Actualidad Penal**. nº 32/5. Madrid: Actualidad, 1994, p. 604; GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El delito de blanqueo de capitales en derecho español**. Barcelona: Cedecs, 1996, p. 55; COBO DEL ROSAL, Manoel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. **Blanqueo de capitales**. Abogados, procuradores, y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de La Comunidad Europea). Madrid: CESEJ, 2005, p. 100-101. Também esse o entendimento de Fernando Córdoba em relação ao crime de lavagem de dinheiro na Argentina: “*admite cualquier clase de dolo, es decir, que se satisface con el conocimiento (cierto o incierto) por parte del autor de que los bienes que recibe provienen de un ilícito penal*” J. CORDOBA, Fernando. **Delito de lavado de dinero**. Buenos Aires: Hammurabi, 2016, p. 47.

⁶⁵⁹ Nesse sentido: PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 136.

⁶⁶⁰ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 86. Encontra-se, na doutrina espanhola, quem defenda que o autor deva saber que há um perigo concreto de que o bem seja de proveniência ilícita: “*Si bien no es suficiente una mera sospecha, sería excesivo exigir un conocimiento cabal y preciso del origen del delito previo. Así como no se exige un conocimiento preciso de la figura delictiva concreta, tampoco es necesario que se conozcan detalles de la acción previa. También actúa con dolo quien puede calcular el origen ilícito del objeto como una de las posibilidades de su procedencia. El autor debe partir de la base de que al menos realiza un peligro concreto para el descubrimiento del origen del bien. La mera suposición de un peligro abstracto no fundamenta la existencia de dolo*”. BAJO FERNANDEZ, Miguel;

Aplicando o conceito de dolo adotado para o conhecimento da proveniência ilícita dos bens, exige-se que haja uma elevada probabilidade de que o bem, o direito ou o valor seja de proveniência ilícita. Essa alta probabilidade deve ser constatada por meios objetivos, através dos quais se possa concluir que um sujeito que pensa e age racionalmente, diante daquele bem, direito ou valor, deveria supor que tivesse origem ilícita.

Analisemos um exemplo. Um funcionário público solicita a um amigo que adquira um veículo importado em seu próprio nome, entregando-lhe uma elevada quantia de dinheiro em espécie para a compra, explicando-lhe que, dentro de alguns anos, regularizaria a situação, tornando-se o proprietário de direito. Se o amigo tem conhecimento de que o amigo é funcionário público, não tendo outra fonte de renda, e que, provavelmente, trata-se de dinheiro fruto de corrupção, mas, ainda assim, realiza a conduta, adquirindo o veículo e registrando em seu nome, ainda que com a esperança de que estivesse equivocado, pode-se considerar que o amigo tinha conhecimento de que havia uma alta probabilidade de que tal dinheiro fosse proveniente de um crime, pois, é o conhecimento que se esperaria de qualquer pessoa que pensa e age racionalmente.

Não se exige que o agente tenha certeza de que aquele bem, direito ou valor seja de proveniência ilícita. Se o agente conhece os fatores que envolvem a probabilidade de que a origem seja ilícita, pode-se atribuir a ele o conhecimento de que o valor por ele recebido é de proveniência ilícita. Para se considerar o conhecimento da origem ilícita, será indiferente se o agente disser que não sabia que o dinheiro era proveniente de crime, ou então se ele disser que não contava com a probabilidade de que o dinheiro fosse de origem ilícita, ou que ele apenas suspeitou da proveniência ilícita.

Portanto, para a tipificação do crime do *caput* do artigo 1º, o primeiro requisito da tipificação subjetiva é o conhecimento de que, muito provavelmente, aquele bem, direito ou valor seja de origem delitiva. Tal elevada probabilidade não será constatada subjetivamente, mas sim por meios objetivos, através dos quais se possa concluir que um sujeito que pensa e age racionalmente, diante daquele bem, direito ou valor, e desde

que conhecedor de todos os fatos que integram o risco de o bem ser de origem ilícita, só poderia saber de sua origem ilícita.

O segundo fator que integra o dolo é o conhecimento de que a conduta realizada é, com elevada probabilidade, apta a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores.

A necessidade de tal conhecimento não tem sido objeto de uma análise mais detida pela doutrina nacional. Como já visto no item anterior, há autores que, no que se refere à ocultação e à dissimulação, afirmam ser necessária a vontade, sem nada mencionar quanto ao conhecimento⁶⁶¹. Mas, é evidente que se os núcleos do tipo são ocultar e dissimular, o conhecimento deve abranger o fato de que, com aquela conduta, está-se ocultando ou dissimulando (a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade).

No que se refere ao grau de conhecimento, também não se exige certeza. Deve haver um alto grau de probabilidade de que a conduta cria um risco de realizar o resultado típico, isto é, de que seu agir será um método idôneo para que seja, por exemplo, ocultada a propriedade daquele bem de proveniência ilícita.

Voltemos ao caso do funcionário público que solicita ao amigo que adquira um veículo importado com dinheiro em espécie e coloque em seu nome. O amigo pode não ter certeza de que, com aquela conduta, o funcionário público pretende ocultar a real propriedade do bem. Mas esse conhecimento pode ser a ele atribuído se o autor conhece todos os fatores integrantes do risco de causar o resultado: ele sabe que seu amigo é funcionário público, que não tem outra fonte de renda, que tal quantia em espécie, muito provavelmente, é de origem ilícita, e que ao colocar em seu nome o veículo, ele constará como proprietário do veículo e não o funcionário público. Com o conhecimento desses fatores, uma pessoa que pensa e age racionalmente, se assim atuasse, não poderia alegar desconhecimento. Sendo elevada a probabilidade de que a conduta é um método idôneo para provocar o resultado, só se poderá concluir ter havido conhecimento por parte do autor.

⁶⁶¹ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 187; MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 86. Analisando o tipo equivalente no Código Penal Espanhol (art. 301, n. 2), Juana Del Carpio Delgado: “*El sujeto debe conocer y querer realizar la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, destino, ubicación, movimiento, propiedad y derechos sobre bienes que tienen su origen en un delito grave*” CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 299.

Para a tipificação subjetiva do *caput* do artigo 1º, portanto, o segundo requisito é o conhecimento de que, muito provavelmente, a conduta do agente é um método idôneo para ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de um bem de origem ilícita. A qualidade dessa probabilidade será constatada por meios objetivos, a partir dos quais se possa concluir que, se o sujeito se comportou daquela maneira, com o conhecimento dos fatores integrantes do risco de provocar o resultado, ele conhecia a alta probabilidade de que, com sua conduta, estaria criando o risco de ocultar ou dissimular.

Mas não é só. Há, ainda, um terceiro requisito para a tipificação subjetiva do delito do *caput* do artigo 1º: c) o conhecimento de que essa ocultação ou dissimulação é parte integrante de um esquema de lavagem de dinheiro. Esta exigência não está explícita no tipo penal, porém, ela deve ser extraída do que é a lavagem de dinheiro e de qual o bem jurídico tutelado.

Trata-se, aqui, de um requisito adicional de qualidade do perigo, exigido em certos casos, conforme exposto no item 2.2.1.1.

De acordo com Puppe, na grande maioria dos delitos, na prática, o que se verifica das decisões é que não se exige prova da assunção do risco para a condenação, bastando um elemento cognitivo. Porém, a jurisprudência alemã considera como suficiente que esse elemento cognitivo represente a mera possibilidade da ocorrência do resultado, de forma que as condenações acabam englobando casos de condutas culposas, e não apenas dolosas, especialmente em crimes nos quais não é admitida a modalidade culposa. A forma de evitar essa punição em excesso é acrescentando requisitos adicionais ao dolo para a constatação do perigo de produção do resultado⁶⁶².

Os requisitos adicionais de perigo devem levar em consideração o crime em análise. Há crimes que não precisam de um requisito adicional e, dentro daqueles que necessitam, o requisito deverá ser o adequado, considerando o bem jurídico tutelado.

Aplicando este corretivo da teoria do dolo desenvolvida por Puppe ao crime de lavagem de dinheiro, entende-se não ser possível a configuração desde delito sem que

⁶⁶² Para melhor esclarecimento quanto à necessidade de requisitos adicionais, transcreve-se, uma vez mais, a proposta de Puppe: “*Não pode ser correto, porém, que em todos esses delitos, em especial naqueles em que a forma culposa não é punível, todo o âmbito da culpa consciente seja englobado pelo dolo. A única maneira de evitar tal consequência é formular requisitos adicionais no que toca à qualidade e à intensidade do perigo, de que deve ter consciência o autor doloso*” PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 98.

haja o requisito adicional do conhecimento de que a conduta está inserida em um contexto de lavagem de dinheiro, que é parte de um processo que visa a reinserção do bem na economia, com aparência de licitude. Esse requisito tem como fundamento principal o bem jurídico tutelado, que é a ordem socioeconômica.

Não se está a defender a necessidade que haja um especial fim de agir, ou o que poderia ser chamado de um dolo específico, no sentido de que o ato de ocultação ou dissimulação deve ser praticado, do ponto de vista subjetivo, com a intenção ou o escopo de permitir a futura reinserção do bem com aparência lícita. Mas, do ponto de vista da lesividade do bem penalmente tutelado, não se pode deixar de distinguir o simples ocultar uma coisa ilícita, simplesmente colocando-a formalmente sob a titularidade de outrem, da realização desses mesmos atos, tendo um conhecimento de que é altamente provável – do ponto de vista objetivo – que tal agir é apto a permitir que haja uma futura reintegração daquele bem na economia.

Como já analisado no capítulo 4, a lavagem de dinheiro é um processo a partir do qual se procura afastar um bem de origem ilícita do patrimônio do agente, para, posteriormente, esse bem ser reintegrado na economia, mas com a aparência de lícito. Até por isso que se defende que o bem jurídico penalmente tutelado é a ordem socioeconômica. Neste ponto, exige-se um requisito adicional no que se refere à qualidade do perigo. Ele só será perigoso para configurar o dolo se houver conhecimento de que a conduta pertence a um esquema de lavagem de dinheiro.

Se não se tiver em vista que aquela operação de ocultação ou de dissimulação é apenas um meio para a prática da terceira fase da lavagem de dinheiro, não haverá diferença entre tal conduta e outro crime, como o de receptação, ou de falsidade ideológica.

Nesse sentido, merecem ser transcritas as explicações de Carla de Carli:

“Ao examinar se determinada conduta se encaixa na moldura típica da lavagem de dinheiro, é necessário considerar o conjunto das operações efetuadas e o que elas, em realidade, expressam. A lavagem de dinheiro normalmente não utiliza instrumentos em si ilegais. O que a diferencia de uma atividade legal é o fato de que, nela, o ato ou negócio jurídico não têm, na realidade o conteúdo que dele se esperaria, ou o procedimento utilizado ter sido realizado com finalidades diversas do usual objetivo comercial ou jurídico. Ou seja:

*abrir contas bancárias, fazer investimentos financeiros, adquirir imóveis, transferir dinheiro para fora do país não são transações, em si, ilegais. A ilicitude ocorre quando essas operações são realizadas sobre bens ou valores ilicitamente obtidos, com a finalidade de ocultar ou dissimular sua origem criminosa, possibilitando que circulem com aparência de legitimidade*⁶⁶³.

Da mesma forma entende Pierpaolo Bottini:

*“Uma interpretação teleológica faz agregar uma intenção transcendental ao comportamento típico, qual seja, a vontade de reciclar o capital por operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas. Não basta a mera intenção de ocultar ou dissimular, é preciso a vontade de lavar ou reciclar o capital sujo, de usar operações diversas para inserir os valores maculados no sistema econômico com aparência de licitude*⁶⁶⁴.

Ainda que o autor entenda que se trate de uma intenção, constatada por meio de um elemento volitivo no dolo, percebe-se que há uma preocupação com que, objetivamente, os atos de ocultação e dissimulação sejam uma etapa da para posterior reintegração do capital na economia formal.

Alterando um pouco o exemplo anteriormente analisado, imaginemos que um traficante de drogas solicite para um amigo que aceite registrar como sendo seu determinado veículo adquirido com valores de origem de tráfico de drogas, pois, não pode mais ser autuado com multas de trânsito. O traficante combina com o agente que, passado um ano, quando expiram os pontos das multas de trânsito que possui em sua

⁶⁶³ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 186-187.

⁶⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 150. Diferentemente, Ricardo Robles Planas e Nuria Pastor Muñoz destacam que, na jurisprudência espanhola, basta que o agente tenha ciência de uma anormalidade da operação e razoavelmente possa inferir que o bem procede de um delito: *“En todo caso, el dolo debe proyectarse sobre el hecho de que los bienes proceden de un delito o de un acto de participación en el mismo. A tal efecto, la jurisprudencia entiende que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que el bien procede de un delito. Son indicios aceptados: a) la importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; g) la existencia de sociedades ‘pantalla’ o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas”* ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Delitos contra el patrimonio (III). In **Lecciones de derecho penal. Parte especial**. Dir. Jesús-María Silva Sánchez; Coord. Ramon Ragués i Vallès. 4ª ed. Barcelona: Atelier, 2015, p. 300.

Carteira Nacional de Habilitação, a propriedade do veículo retornará a ele. Não há dúvidas quanto ao conhecimento da origem ilícita dos valores utilizados para a aquisição do veículo; também não há dúvidas de que a conduta representa uma ocultação da propriedade de um bem de origem ilícita. Mas não se trata de crime de lavagem de dinheiro.

Não há lavagem de dinheiro na conduta do agente, pois a ocultação da propriedade não era uma etapa para posterior reinserção de bem ilícito. Pode-se dizer que foi caracterizada falsidade documental, mas não lavagem de dinheiro.

Deste terceiro requisito também se exige o conhecimento. Conhecimento de que, com a conduta, está criando um risco de causar o resultado típico, qual seja, a ocultação ou a dissimulação que é parte integrante de um processo da lavagem de dinheiro.

Aqui também não se exige certeza, mas o conhecimento de que a ocultação ou dissimulação dos atributos de um bem de origem ilícita, muito provavelmente, se insere num esquema de lavagem de dinheiro, criando um risco para a ordem socioeconômica. Este conhecimento será reconhecido por meios objetivos a partir dos quais se poderá afirmar que, dotado de tais conhecimentos, quem assim agiu tinha conhecimento da alta probabilidade de que estava contribuindo para um processo em que futuramente, haveria a reinserção do bem na economia com aparência de licitude.

Em suma, pode-se afirmar que, no que se refere ao dolo para a conduta do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, exige-se: o conhecimento da elevada probabilidade de que o bem, direito ou valor provem de origem ilícita; o conhecimento que, com sua conduta, muito provavelmente está a ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade; e adicionalmente, o conhecimento que do elevado risco de que a ocultação ou dissimulação seja uma etapa de um processo de lavagem de dinheiro, que visa reintegrar na economia aquele bem, direito ou valor com aparência de lícito. Para tais conhecimentos não se exige certeza, exige-se que a conduta corresponda a um perigo doloso, isto é, pode-se afirmar ser ela um método idôneo de causar o resultado, pela elevada probabilidade de resultar em lavagem de dinheiro.

5.2.2 Artigo 1º, § 1º, incisos I, II e III

A segunda modalidade de lavagem de dinheiro está prevista no artigo 1º, § 1º, da lei 9.613/98, que tipifica as condutas de quem:

“para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros”.

Trata-se de tipo penal correspondente ao artigo 3º, *b, i, e c, i*, da Convenção de Viena⁶⁶⁵, no artigo 6º, n. 1, *a, i, e b, i*, da Convenção de Palermo⁶⁶⁶ e no artigo 23, n. 1, *a, i, e b, i* da Convenção de Mérida⁶⁶⁷. Similar dispositivo também é encontrado, por exemplo, na Alemanha⁶⁶⁸, na Espanha⁶⁶⁹ e em Portugal⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Dispõe o artigo 3º, *b, i*, da Convenção de Viena “*i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos*”. Por sua vez, é do artigo 3º, *c, i*: “*i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão*”.

⁶⁶⁶ Dispõe o artigo 6º, n. 1, *a, i*, da Convenção de Palermo: “*i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos*”. E dispõe o artigo 6º, n. 1, *b, i*: “*i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime*”.

⁶⁶⁷ Dispõe o artigo 23, n. 1, *a, i*, da Convenção de Mérida: “*i) A conversão ou a transferência de bens, sabendo-se que esses bens são produtos de delito, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens e ajudar a qualquer pessoa envolvida na prática do delito com o objetivo de afastar as consequências jurídicas de seus atos*”. É do mesmo artigo 23, n.1, *b, i*: “*i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo-se, no momento de sua recepção, de que se tratam de produto de delito*”.

⁶⁶⁸ Dispõe o § 261, n. 2, do Código Penal Alemão: “*(2) Whoever: 1. procures an object indicated in subsection (1) for himself or a third person; or 2. keeps an object indicated in subsection (1) in his custody or uses it for himself or a third person, shall be similarly punished*”. Disponível em: [<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>]. Acesso em 01.07.2017.

⁶⁶⁹ Dispõe o artigo 301, n. 1, do Código Penal Espanhol: “*1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al 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*”.

⁶⁷⁰ Dispõe o artigo 2º, *a*, do Decreto Lei 325/95, de Portugal: “*Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos*”.

A primeira conduta tipifica a conversão de ativos ilícitos em lícitos. Os ativos ilícitos são aqueles bens, direitos ou valores provenientes⁶⁷¹ de infração penal antecedente. Essa conversão decorre da transformação desses bens de origem ilícita em bens que podem ser integrados ao patrimônio do agente, como com a compra de moeda estrangeira, troca de títulos por ações, etc⁶⁷². Os ativos podem apresentar-se sob a forma de capital social, ativos societários, investimentos, entre outros⁶⁷³.

A segunda modalidade consiste em uma série de condutas que representam a circulação dos bens ilícitos na economia legal, momento em que se tem a afetação do bem jurídico tutelado pela norma, a ordem socioeconômica⁶⁷⁴. Para Rodolfo Tigre Maia, esta figura equivale à segunda fase da lavagem de dinheiro, a dissimulação, pois tipifica-se diversas condutas que dificultam o rastreamento dos bens, direitos e valores⁶⁷⁵.

O inciso III tipifica a importação ou exportação com bens em valores que não correspondem aos verdadeiros. De acordo com a doutrina, esta é uma das formas mais comuns de movimentação de valores, utilizando-se o comércio internacional, para o envio de bens ilícitos para o exterior⁶⁷⁶.

Todas as condutas descritas nos incisos I a III possuem algo em comum: devem ser realizadas para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes da infração penal antecedente. Esse dispositivo não exige a efetiva ocultação ou dissimulação, mas é imprescindível que as condutas descritas nos verbos-tipos sejam realizadas do objetivo de ocultar ou dissimular a sua utilização de tal ativo, pois são condutas que fazem parte do processo de lavagem. Portanto, não é suficiente para a caracterização do tipo a mera realização de um dos verbos do tipo, como, por exemplo, transferir determinado valor de origem criminosa, ou então, vender um

⁶⁷¹ Em relação às condutas dos incisos I a III, Pierpaolo Bottini defende que há uma limitação do objeto material, ao compara-lo com o *caput* do artigo 1º, pois o tipo menciona, apenas, que os bens, direitos ou valores devem ser provenientes de crime antecedente. Não há menção à proveniência direta ou indireta de crime antecedente. Assim sendo, não se poderia conferir a esse dispositivo uma interpretação ampliada. Isso porque, se no *caput* o legislador incluiu os termos “direta ou indiretamente” e no parágrafo os excluiu, só se pode entender que não era sua intenção incluir os proveitos indiretamente obtidos com a infração antecedente. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 155.

⁶⁷² CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 191.

⁶⁷³ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 96.

⁶⁷⁴ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 193.

⁶⁷⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 97.

⁶⁷⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 98; CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 195.

produto, recebendo por ele dinheiro de origem ilícita. É imperioso que essa transferência seja realizada com o fim de ocultar a utilização de tal valor. Ou seja, tipificou-se atos prévios à efetiva ocultação ou dissimulação, mas desde que realizados com o objetivo de ocultar ou dissimular bens, valores ou direitos oriundos de infração penal.

Verifica-se, na doutrina nacional, a exigência da finalidade da ocultação ou dissimulação, mas sempre identificada com um elemento subjetivo especial:

*“Pelo teor do § 1º, percebe-se que os delitos tipificados nos incisos I a III exigem, ao contrário do caput, um elemento subjetivo específico diverso do dolo: a intenção e/ou finalidade de ocultar ou dissimular a utilização dos bens, direitos e valores provenientes das infrações penais antecedentes. O especial fim de agir deverá obrigatoriamente integrar o dolo ao nível do tipo subjetivo, assim como o conhecimento da origem dos bens”*⁶⁷⁷.

É o que defende, também, na doutrina espanhola, tratando de conduta equivalente no Código Penal Espanhol (art. 301, n. 1), Blanco Cordero: *“por mandato legal expreso del art. 301 núm. 1 tales conductas han de realizarse con finalidades básicamente encubridoras, de manera que de no existir, no serán subsumibles en el mismo”*⁶⁷⁸.

Contudo, esta finalidade de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de delito, diferentemente do que se promulga pelos doutrinadores acima mencionados, não exige um elemento volitivo, bastando, apenas, o elemento cognitivo.

⁶⁷⁷ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**, cit., p. 195. É o que também defende Pierpaolo Bittini: *“Além do dolo, o § 1º exige expressamente um element subjetivo especial. Faz-se necessária a constatação da intenção transcendental de ocultar ou dissimilar a utilização dos bens”* BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 158. No mesmo sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. Dos tipos penais, cit., p. 95.

⁶⁷⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit. p. 329. No mesmo sentido: CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 166-167. E, de maneira ainda mais enfática, Francisco Muñoz Conde adverte que o mais importante não é a realização dos atos sobre os bens de origem delitiva, mas sim que sejam realizados com a finalidade de ocultar ou encobrir a origem ilícita de tais bens: *“El núcleo de la conducta del párrafo primero no recae ahora en la realización de actos de adquisición, conversión o transmisión de los bienes, sino que lo importante es que la realización de estos actos o cualesquiera otros (cualquier otro acto) sea 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’”* MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**, cit., p. 503.

Para as teorias volitivas do dolo, toda vez que o legislador se vale de expressões como “com o fim de”, “com o intuito de”, ou outra equivalente, está a exigir um especial fim de agir, um aspecto volitivo que transcende ao simples querer a realização dos elementos objetivos do tipo penal. A questão, portanto, é resolvida no plano psicológico da tipicidade subjetiva. É exatamente nesse sentido que se posicionam os autores acima citados.

Diversa é, porém, a conclusão adotada para quem adota uma posição cognitivista do dolo. O problema se desloca do plano subjetivo-volitivo, para o campo objetivo e subjetivo-cognitivo.

A ações descritas nos incisos do § 1º do artigo 1º, primeiramente, devem ser objetivamente aptas a ocultar ou dissimular, devem constituir uma etapa para a ocultação ou dissimulação, independentemente da intenção do autor. Trata-se de uma aptidão do meio, isto é, uma idoneidade da ação, e não de um fim de agir⁶⁷⁹.

Em segundo lugar, conseqüentemente, haverá reflexos na tipicidade subjetiva, pois, exige-se o conhecimento de que aquela conduta constitui uma etapa para ocultação ou dissimulação. Porém, não se trata de um requisito volitivo, o conhecimento nada tem que ver com a vontade. Se é elemento objeto do tipo que a conduta, por exemplo, de “converter” (inciso I) ou de “trocar” (inciso II) sejam realizadas com aptidão de – isto é, “para” – “ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”, exige-se o conhecimento, pelo menos em alto grau de probabilidade, que aquele ato de converter ou de trocar bens ilícitos é realizado com aptidão de ocultar ou dissimular sua utilização.

De acordo com Puppe, nesses delitos em que o legislador prevê um propósito ou fim de agir, ele apenas antecipa o momento consumativo do delito para quando há a realização parcial do injusto típico, a realização do tipo objetivo. Isso em nada influencia numa exigência maior em relação ao tipo subjetivo:

“Já nos delitos cortados de resultado, as elementares que descrevem propósitos ou fins de agir exercem a função de elementos

⁶⁷⁹ Na doutrina espanhola, defendendo que o “para ocultar ou dissimular” não se trata de intenção, mas em relação à tipificação do crime na Espanha, Gomes Iniesta: “no incorpora ninguna finalidad, sino que describe la índole de la acción, esto es, que debe ser objetivamente adecuada para ocultar o encubrir (...) por lo tanto, es independiente el propósito del autor si la acción es objetivamente adecuada para la ocultación o encubrimiento, lo cual no quiere decir que el autor no tenga otras intenciones, las altruistas, las de lucro, etc.” GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El delito de blanqueo de capitales en derecho español**, cit., p. 51.

do injusto. (...) Esses chamados delitos cortados de resultado caracterizam-se pelo fato de que o injusto típico só precisa realizar-se objetivamente de modo parcial, enquanto sua outra parte está descrita no tipo subjetivo. Com isso, antecipa-se o momento da consumação do delito. Para tanto, a linguagem cotidiana só dispõe de expressões que indicam um fim, como o ‘para’ ou ‘com o fim de’. O legislador utilizou-se delas, evidentemente partindo da ideia de que o propósito seria o protótipo do dolo. A antecipação do momento consumativo não é, entretanto, nenhuma razão para exigir em relação aos elementos do injusto que só aparecem no tipo subjetivo mais do que se exige para o dolo (...). Para esses elementos do injusto basta, assim, o dolo simples”⁶⁸⁰.

Como se vê, Puppe confere um caráter subjetivo ao “para”, porém, dele não se exige um elemento volitivo, uma vontade, uma intenção. Será exigido o conhecimento da finalidade, somente.

Indo um pouco mais além, especificamente em relação à modalidade de lavagem de dinheiro em comento, Rodrigo Sanchez Rios entende não haver um caráter subjetivo no “para”, sendo, apenas, uma preposição que demonstra uma conexão que deve existir entre o delito antecedente, a conduta praticada e a lavagem de dinheiro:

“Não obstante a doutrina tenha conferido uma feição subjetiva às expressões para ocultar e para dissimular, esses termos revelariam uma relação instrumental de meio e fim entre a ação do dolo eventual agente branqueador e o delito antecedente”⁶⁸¹.

Percebe-se que a preocupação de Sanchez Rios era excluir a vontade, o querer, do agente, por isso propõe a exclusão do caráter subjetivo da preposição “para”⁶⁸². Porém, adotando-se a proposta de Puppe, em que não há um elemento volitivo, em

⁶⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 135-136.

⁶⁸¹ RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico**. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190.

⁶⁸² Na língua portuguesa, a preposição “para” indica uma atribuição ou uma finalidade. Nesse sentido: BUENO, Francisco da Silveira. **Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Saraiva, n. 6, 1966, p. 2867. E assim pode ser usada na composição de adjuntos ou proposições que exprimem intuito ou “fim”. Mas também pode significar a destinação. Nesse sentido: FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. v. IV. Rio de Janeiro: A noite, 1943, p. 3804. Pode designar um “fim”, mas também se presta a indicar “direção ou destino”: BIVAR, Artur. **Dicionário Geral e Analógico da Língua Portuguesa**. t. III. Porto: Edições Ouro, p. 631. Assim sendo, a relação atributiva pode se dar em relação a uma finalidade ou destinação que se atribui a um agir, e nesse sentido com uma clara conotação psicológica, mas também pode significar a atribuição de uma direção de uma ação em relação a outra, com significado objetivo.

sentido psicológico, no dolo, não há impedimento para que se considere o “para” como sendo de caráter subjetivo, pois a única coisa que será exigida do agente é o conhecimento.

Entende-se, portanto, que no § 1º, há uma antecipação da consumação delitiva, tipificando a conduta praticada com o fim de ocultar ou dissimular. Essa finalidade de ocultar ou dissimular é parte integrante do tipo, e deve ser de conhecimento do agente. Exige-se o conhecimento de que a conduta – converter em ativos lícitos, adquirir, receber, trocar, negociar, dar, receber em garantia, guarda, ter em depósito, movimentar, transferir, importar ou exportar bens com valores que não correspondem aos verdadeiros – seja um meio para a ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal. E disso deve ter conhecimento o agente.

No que se refere à tipificação subjetiva das condutas dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 1º, três devem ser os objetos do conhecimento a) a proveniência ilícita do bem, direito ou valor; b) que o objetivo da conduta (de converter em ativos lícitos, de adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar, transferir; importar ou exportar com valores não correspondentes aos verdadeiros) é ocultar ou dissimular a utilização de referido bem, direito ou valor; c) que, por sua vez, essa ocultação ou dissimulação será parte integrante de um esquema de lavagem de dinheiro.

No que se refere ao conhecimento da proveniência ilícita, reporta-se ao que foi analisado quanto ao *caput* do artigo 1º, exigindo-se o conhecimento do elevado risco de que o bem, direito ou valor provem de origem ilícita. A constatação desse elevado risco deverá ser feita por meios objetivos, através dos quais se possa concluir que um sujeito que pensa e age racionalmente, diante daquele bem, direito ou valor, deveria supor se tivesse origem ilícita.

No que se refere ao segundo elemento para a tipificação subjetiva, como já analisado, o conhecimento deve abarcar o fato de que a conduta praticada tenha como objetivo a ocultação ou a dissimulação da utilização do bem. A conduta praticada deve ser reconhecida como sendo um método idôneo para provocar o resultado, isto é, deve haver alta probabilidade de que aquela conduta irá ocultar ou dissimular a utilização do bem de origem ilícita. É o mesmo critério já exposto em relação ao segundo requisito do *caput* do artigo 1º.

O agente deverá conhecer todos os fatores integrantes do risco de realizar o tipo por ele criado, ele deve saber que, com sua conduta, está causando o risco de realizar o tipo penal. Não se exige a certeza do efetivo conhecimento do agente. Deve-se considerar, a partir de elementos objetivos, que, quem agiu tendo conhecimento dos elementos integrantes do risco, só poderia ter assim agido se quisesse ou aprovasse o resultado causado.

Quem agiu, conhecendo o risco de que o bem, direito ou valor fosse de origem ilícita, e conhecendo o risco de que a conduta praticada visasse ocultar ou dissimular a utilização de tal bem, direito ou valor, terá preenchido os dois primeiros requisitos da tipificação subjetiva.

Mas esses requisitos não são suficientes. Aqui valem as mesmas considerações já tecidas anteriormente sobre o *caput* do artigo 1º, a tipificação dessas condutas só faz sentido estiverem inseridas em um contexto de lavagem de dinheiro. Portanto, se a conduta de adquirir um bem de proveniência ilícita com vistas a ocultar a utilização de tal bem não fizer parte de um objetivo maior, que é de reintegrar tal bem na economia com aparência de licitude, não haverá crime de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, defende Pierpaolo Bottini:

*“Por fim, importante mencionar um segundo elemento subjetivo especial, agora implícito ao tipo penal em comento: a finalidade de reciclagem dos valores. Como mencionado nos comentários ao caput, a mera intenção de ocultar ou dissimular no é suficiente para o crime de lavagem de dinheiro, sempre voltado à integração dos bens à economia lícita. Ainda que essa integração seja mero exaurimento do ciclo de reciclagem, esse elemento subjetivo especial implícito é inerente a todos os tipos penais de lavagem de dinheiro”*⁶⁸³.

Nesse mesmo sentido defende André Luís Callegari: *“o autor atua porque conhece a origem criminosa dos bens e porque quer lhes dar aparência de licitude”*⁶⁸⁴.

Esse entendimento também é encontrado na doutrina espanhola, referindo-se ao tipo penal equivalente do artigo 301, n. 1, do Código Penal Espanhol:

⁶⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 160.

⁶⁸⁴ CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais da lei nº 9.613/98, cit., p. 152.

“Por lo que respecta al otro elemento del dolo, al cognitivo o intelectual, el sujeto que quiere realizar el tipo objetivo debe conocer los elementos que caracterizan su actuación como típica. Este conocimiento en el delito de blanqueo abarca sustancialmente al objeto material y su procedencia, las conductas que sobre éste se realizan y el nexo causal con el resultado. Así, debe conocer que los bienes tienen su origen en un delito grave y que con la adquisición, conversión o transmisión de esos bienes, los está ‘blanqueando’”⁶⁸⁵.

Portanto, também em relação às condutas do § 1º, exige-se que o conhecimento do agente abarque o fato de que a conduta praticada com o fim ocultar ou dissimular seja um meio para a prática da lavagem de dinheiro. Ou seja, não é suficiente só o conhecimento da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, nem só conhecimento de que a conduta tenha a finalidade de se ocultar ou dissimular sua utilização, exige-se, ademais, que o agente saiba que, com sua conduta, está contribuindo com um processo de lavagem de dinheiro.

Considerando que o objetivo do crime de lavagem de dinheiro é integrar os valores de origem ilícita, com aparência de licitude, ao patrimônio do agente, é fundamental, para a caracterização do delito em comento, que o tipo subjetivo abarque esse conhecimento, pois, se ausente, a conduta não caracteriza o delito de lavagem de dinheiro.

Esse conhecimento, porém, assim como se defendeu no item anterior, não se refere ao conhecimento efetivo do agente, trata-se de conhecimento das circunstâncias a partir das quais se pode afirmar, objetivamente, que existe um perigo de dolo, no caso, um perigo de estar inserido no contexto da lavagem de dinheiro. Em razão da alta probabilidade de a conduta estar inserida no contexto de lavagem de dinheiro, deve ser atribuído ao agente esse conhecimento.

Em suma, pode-se afirmar que, no que se refere ao dolo para a conduta do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, exige-se: o conhecimento da elevada probabilidade de que o bem, direito ou valor provenha de origem ilícita; o conhecimento do elevada

⁶⁸⁵ CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 299. De igual maneira, Pérez Manzano: *“el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo y ello supone que ha de incluir también el conocimiento de la conducta típica de recepción o blanqueo”* PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tipo subjetivo en los delitos de recepción y blanqueo de dinero. **Cuadernos de derecho judicial**. Encubrimiento, la recepción y el blanqueo del dinero. Normativa Comunitaria. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1994, p. 222.

probabilidade de que sua conduta se destina a ocultar ou dissimular a utilização do bem, direito ou valor; e adicionalmente, o conhecimento da elevada probabilidade de que sua conduta faça parte de uma etapa de um processo de lavagem de dinheiro, que visa reintegrar na economia aquele bem, direito ou valor com aparência de lícito. Para tais conhecimentos não se exige certeza, exige-se que a conduta corresponda a um perigo doloso, isto é, pode-se afirmar ser ela um método idôneo de causar o resultado, pela elevada probabilidade de resultar em lavagem de dinheiro.

5.2.3 Artigo 1º, § 2º, inciso I

Outra modalidade de lavagem de dinheiro no ordenamento nacional está prevista no inciso I do § 2º do artigo 1º, que tipifica a conduta do agente que “*utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal*”.

Nesta forma equiparada à lavagem de dinheiro, o legislador seguiu a estrutura do tipo de *utilização* constante na Convenção de Viena e demais instrumentos internacionais. Porém, inovou legislador ao limitar a utilização apenas na atividade econômica ou financeira⁶⁸⁶. Entende Rodolfo Tigre Maia que a intenção do legislador com esse dispositivo foi coibir a infiltração de dinheiro sujo na atividade econômica legítima, um dos efeitos mais gravosos da lavagem de dinheiro:

*“Para proteger o sistema financeiro e a ordem econômica, criou-se o presente inciso com o intuito de coibir a etapa da integração e concomitantemente obstaculizar quaisquer outras variantes de utilização (aproveitamento, aplicação, emprego etc) de produtos (bens, direitos e valores) resultantes dos ilícitos penais elencados no caput deste artigo, quer na esfera de produção, distribuição e circulação de bens (atividade econômica), quer no âmbito da captação, intermediação ou aplicação de valores (atividade financeira), não previstas nas variantes anteriormente enunciadas”*⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 198.

⁶⁸⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 99-100.

Em relação à conduta tipificada no inciso I do § 1º do artigo 1º, não se exige o fim de ocultar ou dissimular a utilização dos bens, direitos ou valores de proveniência delitiva, na atividade econômica ou financeira, bastando a sua utilização⁶⁸⁸.

Há quem considere que essa utilização corresponde à terceira fase da lavagem de dinheiro, da integração na economia ou no sistema financeiro de bens, direitos ou valores já com aparência de licitude⁶⁸⁹. Contudo, entende-se não haver obstáculo para que a utilização se dê tanto na fase de integração, quanto em outras fases da lavagem, quando o agente oculta, dissimula, ou atua para ocultar ou dissimular⁶⁹⁰.

É bastante comum a atuação de agentes que exercem atividades no sistema financeiro nesta modalidade de lavagem de dinheiro. Geralmente são os agentes bancários que, no exercício regular de suas atividades na instituição financeira, acabam por utilizar os bens, direitos ou valores. E eles podem, perfeitamente, ser sujeitos ativos do crime de lavagem de dinheiro, nesta modalidade, desde presente o elemento subjetivo.

Embora não se verifique, na doutrina nacional, uma discussão sobre quem poderá ser sujeito ativo dessa modalidade equiparada à lavagem de dinheiro, há divergência doutrinária sobre quem poderá praticar tal modalidade delitiva equiparada à lavagem de dinheiro. De um lado, Marco Antonio de Barros, entende que o sujeito ativo deve, necessariamente, exercer profissionalmente atividade no sistema financeiro ou econômico⁶⁹¹; De outro, Pierpaolo Bottini entende que qualquer sujeito que utilize bens em atividade econômica ou financeira pode cometer tal crime⁶⁹².

Especificamente no que se refere à tipificação subjetiva da conduta do artigo 1º, § 2º, inciso I, dois são os elementos que são exigidos, o conhecimento da origem ilícita

⁶⁸⁸ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 100; CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 199.

⁶⁸⁹ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 156-157. Neste passo, entende Pierpaolo Bottini que, em relação à conduta em comento, assim como em relação à conduta do § 1º do artigo 1º, o legislador, ao não se referir à proveniência direta e indireta de infração penal, optou por restringir a tipificação apenas para os bens, direitos e valores provenientes diretamente do crime antecedente. E, por se tratar de bens oriundos diretamente, não se poderia considerar ser a conduta como sendo a última etapa do crime de lavagem de dinheiro, vez que, na fase de integração, o bem já terá sofrido substituição ou transformação. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 162.

⁶⁹⁰ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 99-100.

⁶⁹¹ “Bastará que o agente – no caso uma terceira pessoa, que não participou das fases que compõem o processo de lavagem – exerça atividade econômica ou financeira, e que no exercício destas, utilize o lucro ou o patrimônio lavado, o qual se apresenta com a aparência de legalidade” BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 156-157.

⁶⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 161.

do bem, direito ou valor, e o fato desta utilização ter como finalidade a prática de lavagem de dinheiro.

No que se refere ao conhecimento da origem ilícita do bem, direito ou valor, reporta-se ao quanto já explorado no item 5.2.1. O agente deve conhecer que muito provavelmente aqueles bens são de proveniência ilícita.

Há autores que defendem que o único elemento subjetivo exigido é o conhecimento da procedência ilícita dos bens, direitos e valores⁶⁹³. Mas outros entendem que a finalidade de estar inserido no contexto de lavagem de dinheiro é essencial, exigindo, também, “*uma intenção de ocultação/dissimulação com vistas à reciclagem do bem, à sua reinserção na economia com aparência de licitude*”⁶⁹⁴.

Está-se diante de um crime equivalente à lavagem de dinheiro. Se o objetivo com a utilização desses bens na atividade econômica ou financeira não for a posterior reinserção na economia com aparência de licitude, mas apenas e tão somente a sua utilização, não há crime de lavagem de dinheiro.

Na conduta típica do inciso I do § 2º do artigo 1º, portanto, se exige, também um requisito a mais de perigo, o conhecimento de que a utilização na atividade econômica ou financeira de bem de origem delitativa tenha como finalidade a futura reinserção na economia formal e, portanto, faz parte de um processo de lavagem de dinheiro.

No que se refere à tipificação subjetiva do artigo 1º, § 2º, inciso I, portanto, são exigidos dois requisitos. Primeiramente, o conhecimento da alta probabilidade de que o bem, direito ou valor seja de proveniência ilícita. Em segundo lugar, o conhecimento de que essa utilização na atividade econômica ou financeira muito provavelmente tem como objetivo a futura reinserção de tal bem, direito ou valor na economia com aparência de licitude. Esse conhecimento deve ser auferido a partir de circunstâncias das quais se possa concluir que quem agiu daquela maneira, só poderia ter assim agido se quisesse o resultado típico.

⁶⁹³ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 100.

⁶⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 164. No mesmo sentido: CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 196.

5.2.4 Artigo 1º, § 2º, inciso II

Por fim, a última modalidade de lavagem de dinheiro está insculpida no inciso II do § 2º do artigo 1º da lei 9.613/98, que tipifica a conduta daquele que “*participa de grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na lei*”.

Pelo que se depreende da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, pretendeu o legislador tipificar uma espécie de associação para a prática de lavagem de dinheiro: “*Trata-se, no caso, de uma forma especial de concorrência que permitirá a imputação típica mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da lavagem ou de ocultação descritos pelo caput do art. 1º e do respectivo § 1º*”⁶⁹⁵.

A tipificação dessa associação teve como inspiração a Convenção de Viena, em seu artigo 3º, n. 1, c, iv⁶⁹⁶. Porém, ampliou demasiadamente, ao não exigir a autoria ou a participação nos delitos de lavagem de dinheiro. Conforme explica William Terra de Oliveira, o tipo buscou ampliar o espectro de autoria, para incluir meras condutas acessórias, buscando, com isso, desestimular a criminalidade organizada⁶⁹⁷.

Uma primeira questão que se coloca é em relação aos conceitos de grupo e escritório, que seriam conceitos jurídicos indeterminados. Conforme crítica de Rodolfo Tigre Maia, esses elementos são:

⁶⁹⁵ Consta da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98, em seus itens 43 a 45: “43. Assim sendo, a responsabilidade penal de quem participa de grupo, associação ou de escritório que sabe organizado para fim de ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores é uma consequência natural da regra de incidência do art. 29 do Código Penal e do princípio da culpabilidade, que se extrai da dignidade da pessoa humana (CF art. 1º, III) e da vedação da responsabilidade objetiva (CP, arts. 18 e 19). 44. Trata-se, no caso, de uma forma especial de concorrência que permitirá a imputação típica mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da lavagem ou de ocultação descritos pelo caput do art. 1º e do respectivo § 1º. Nos termos do presente disegno di legge, risponde com as mesmas penas reservadas para a conduta de lavar dinheiro (to launder money) ou de ocultação de bens, direitos e valores, quem participa consciente e dolosamente do grupo, associação ou escritório de pessoas que se dedicam a essas condutas puníveis. 45. A inclusão dessa forma especial de concorrência encontra precedentes no direito comparado e nas recomendações internacionais (Bélgica, art. 3º da Lei de janeiro de 1993 e art. 42, 3 do Cód. Penal, introduzido pela Lei de abril de 1995; Espanha, art. 1º, 2, da Lei de 19 de dezembro de 1993; França, art. 222-38 do Cod. Penal; Portugal, art. 2º, 1, a, do Decreto-Lei n 325, de 2 de dezembro de 1995; o art. 3º, 1, c, iv, da Convenção de Viena; e art. 2º, 4, do Regulamento Modelo da CICAD)”.

⁶⁹⁶ Dispõe a Convenção de Viena, em seu artigo 3º, n. 1, c, iv: “iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito”.

⁶⁹⁷ OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas, cit., p. 337.

*“de utilização inapropriada na explicitação de normas penais incriminadoras, por demasiadamente abertos e violadores da função de garantia do tipo, eis que não concedem ao aplicador da lei qualquer parâmetro objetivo para fixar o quantitativo mínimo de agentes necessários (e.g., duas ou mais pessoas etc.) à prática do ilícito associativo”*⁶⁹⁸.

O termo associação é conhecido da legislação brasileira. À época da edição da Lei 9.613/98, o termo associação era encontrado no artigo 288 do Código Penal, que tipificava o crime de quadrilha ou bando ao dispor: *“Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”*. Atualmente, desde a alteração sofrida com a Lei 12.850/13, referido delito passou a ser denominado de “associação criminosa”, exigindo a presença mínima de três pessoas⁶⁹⁹. O termo grupo também foi incluído no Código Penal recentemente, com a Lei 12.720/12, que trata do crime de constituição de milícia privada⁷⁰⁰, mas sem estabelecer detalhes sobre o que constitui grupo. O termo escritório permanece sem identificação na legislação penal.

A grande crítica em relação a esse tipo penal é o fato de tipificar a mera participação em grupo, associação ou escritório, sem que estejam presentes outros elementos característicos de delitos associativos, como estabilidade e integração⁷⁰¹, ou sem que a atividade exercida pela agente tenha qualquer nexo de causalidade com o crime de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, Celso Sanchez Vilardi critica a amplitude do tipo penal:

“A conduta prevista pela lei no art. 1.º, § 2.º, II, não foi mencionada acima, em face da sua ilegalidade. Como se sabe, de acordo com o art. 29 do CP (LGL\1940\2), a co-autoria exige vínculo psicológico, com propósitos idênticos, além de comportamento relevante e eficaz. Como já tive oportunidade de salientar, ‘se o

⁶⁹⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 102. Formulando similar crítica: BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**, cit., p. 158.

⁶⁹⁹ *“Associação criminosa. Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”*. Anteriormente, também era encontrado o termo associação no artigo 18 da revogada Lei de Drogas, Lei 6.386/76, que previa um aumento de pena para os crimes daquela lei caso cometidos por meio de associação. Posteriormente, com a entrada em vigor da nova Lei de Drogas, Lei 11.343/06, passou a ser delito autônomo, no artigo 35, admitindo a presença de duas ou mais pessoas para a configuração do delito.

⁷⁰⁰ *“Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos”*.

⁷⁰¹ Nesse sentido: MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**, cit., p. 102.

agente participa de um escritório, o qual tem, por exemplo, como atividade secundária a prática dos crimes ora estudados, mas, ao mesmo tempo, nunca participou ele do específico procedimento realizado por seus associados, não poderá ser punido. Por outro lado, mas no mesmo sentido, não possuindo dever de ofício, não poderá ser obrigado a denunciar seus associados, afinal ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Se não há unidade de desígnios, não haverá que se falar em co-autoria ou participação, sendo, pois, inaceitável esta disposição. A prevalecer, significa que alguém poderá ser condenado por pertencer a um escritório, pelo simples fato dos outros integrantes resolverem praticar um crime, o que, nos termos do Código Penal (LGL\1940\2), é inadmissível”⁷⁰².

Sugere Pierpaolo Cruz Bottini que, para evitar uma ampliação desmesurada da incidência desta norma penal, dever ela ser cotejada com as regras de concurso de agentes do artigo 29 do Código Penal, de forma que será autor ou partícipe apenas aquele que contribuir com a prática do delito, não bastando a participação na organização sabendo da atividade ilícita⁷⁰³.

Realmente, parece ser um exagero do legislador responsabilizar criminalmente qualquer pessoa que exerça de atividade em escritório ou grupo destinado à lavagem de dinheiro, caso a sua atuação não tenha relação com a prática delitiva. É de se imaginar que, em escritórios, especialmente naqueles em que apenas a atividade secundária é destinada à lavagem de dinheiro, deve haver empregados que atuam em áreas completamente dissociadas da lavagem de dinheiro e que, de fato, não contribuem, de qualquer modo, com o crime. Ou mesmo em escritórios nos quais a atividade de lavagem de dinheiro seja de caráter principal, não se pode atribuir uma responsabilidade criminal à uma copeira, por exemplo, que em nada contribui para a prática delitiva.

⁷⁰² VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 47, 2004, p. 11-30. Também exigindo que o agente pratique alguma conduta que contribua para a atividade de lavagem de dinheiro, William Terra de Oliveira: *a conduta individual deve ser penalmente relevante, ou seja, é importante descobrir se em dado momento ocorreu uma efetiva adesão aos planos coletivos e que esta participação por si mesma merece uma reprimenda penal. De tal sorte, se a conduta do agente em nada podia influir sobre os destinos e manutenção do grupo, ou nada contribuirá para a atividade de lavagem de dinheiro, não existirá responsabilidade penal alguma*” OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas, cit., p. 338.

⁷⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 166.

Portanto, no que se refere ao plano da imputação objetiva, na esteira do que defende a doutrina majoritária, entende-se que não basta a mera participação em grupo, escritório ou associação, devendo a atividade exercida pelo agente ter alguma contribuição para a prática da lavagem de dinheiro. Não cabe, no âmbito deste trabalho, sobre a tipicidade subjetiva, tecer maiores considerações sobre qual o nível de contribuição que deve ter tido a conduta do agente. O importante, aqui, é demonstrar que não é suficiente a mera participação em grupo, escritório ou associação.

Partindo dessa premissa, é de se considerar que, para a tipificação subjetiva, o conhecimento que se exige do agente deverá ser referente tanto à finalidade do escritório, associação ou grupo, em praticar crimes de lavagem de dinheiro, quanto ao fato de que sua conduta contribui com a prática delitiva.

Para a configuração do dolo na modalidade do artigo 1º, § 2º, inciso II, o primeiro elemento subjetivo que se exige é o conhecimento de que, muito provavelmente, a atividade principal ou secundária do grupo, escritório ou associação é destinada à lavagem de dinheiro. O segundo elemento subjetivo é o conhecimento de que, com sua conduta, está criando o risco de, muito provavelmente, contribuir com a lavagem de dinheiro. A constatação de tais conhecimentos deverá ser feita através de circunstâncias objetivas, a partir das quais se possa concluir que qualquer pessoa, conhecendo os elementos integrantes do risco de que se trate de um escritório voltado à prática de lavagem de dinheiro, e conhecendo os riscos de que sua conduta contribua com o crime, só poderia ter agido se tivesse anuído com a prática delitiva.

5.2.5 Dolo e os operadores financeiros bancários

No item 4.5, foram analisados os deveres administrativos impostos aos sujeitos obrigados dos incisos I e II do artigo 9º, *caput*, que exercem atividade em instituições financeiras bancárias. Verificou-se a impossibilidade de atribuição da prática do crime de lavagem de dinheiro a esses sujeitos decorrente do descumprimento desses deveres, tendo em vista que sua omissão não contribui com a prática delitiva.

De qualquer modo, os sujeitos obrigados poderão responder criminalmente pelo delito de lavagem de dinheiro na forma ativa, ao efetuarem operações integrantes do processo de lavagem, no exercício de suas atividades. Para fins de tipificação subjetiva, o âmbito sobre o qual recai o dolo nas modalidades de lavagem de dinheiro, ou seja, o

que deve ser objeto do conhecimento em cada um dos tipos penais, será o mesmo já analisado nos itens 5.2.1 a 5.2.4.

Porém, considerando que os agentes que exercem sua atividade em instituições financeiras, que são sujeitos obrigados nos termos do artigo 9º da Lei 9.613/98, possuem um conhecimento maior sobre as situações que podem caracterizar lavagem de dinheiro, o conhecimento que se espera dessas pessoas é um conhecimento diferente daquele que se espera de um leigo, que não atua no sistema financeiro bancário.

Como já analisado no item 4.4.1.1, o *compliance officer* tem o dever de instruir os demais empregados do banco sobre a política de prevenção à lavagem de dinheiro, sobre a obrigação de cumprir com os deveres administrativos e, principalmente, sobre como identificar operações suspeitas. Portanto, os operadores bancários que lidam diretamente com operações financeiras, realizando transferências bancárias, enviando recursos para o exterior, recebendo bens ou direitos em garantia, possuem um conhecimento mais aprimorado para identificar operações atípicas ou mesmo clientes cuja situação econômica financeira não seja compatível com tais operações.

Essas situações perigosas, relacionadas em Circulares do Banco Central, muitas vezes, não podem acarretar na atribuição do conhecimento a um sujeito comum, estranho às instituições financeiras, pois não se pode exigir delas esse conhecimento específico. Imaginemos um rapaz assalariado, que solicita à sua mãe, uma senhora de idade avançada, que não foi formalmente educada, que realize, por exemplo, depósitos em valores em espécie, em vinte contas bancárias diferentes, cada um no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sob o pretexto de se tratar de doações a pessoas carentes. O agente bancário que atende essa senhora, imediatamente, deve reconhecer como suspeitos esses depósitos. O mesmo não se pode exigir em relação à senhora.

A constatação do dolo continua sendo feita objetivamente, e não subjetivamente, pois não se deve analisar o conhecimento daquele indivíduo, mas sim daquela categoria de pessoas detentoras de determinados conhecimentos específicos sobre operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Conforme entendimento de Frisch já exposto no item 2.2.3, para aquelas condutas de sujeitos que desempenham um papel especial, sobre quem se tem determinadas expectativas, deve ser feito um juízo objetivo, conforme o standard cognitivo que devem ter todas as pessoas que exercem esse papel. Deverá, portanto, ser levado em consideração que tais sujeitos possuem um conhecimento especial, mais aprimorado, para identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

Quanto à análise objetiva desse conhecimento, se deve ser concreto para o agente ou concreto genericamente, Frisch divide as condutas em dois grupos.

Quando se afirmou, no capítulo 3, que se deve considerar o comportamento do autor como sendo o de uma pessoa que age e pensa racionalmente, e que só poderia ter agido desta forma, se ela efetivamente quisesse ou aprovasse o resultado, aqui a pessoa que age e pensa racionalmente não é mais o sujeito comum, mas o sujeito que tem o dever de conhecer seus clientes e identificar operações suspeitas.

De outro lado, é importante que se esclareça que a atribuição do conhecimento de uma operação de lavagem de dinheiro a um agente bancário não pode ser automática. Se o agente se encontra diante de uma operação que se coaduna com o padrão econômico do cliente, sem características que sejam relacionadas como sendo de uma operação suspeita, ou seja, que não apresenta qualquer peculiaridade, não se pode atribuir o conhecimento dessa operação de lavagem de dinheiro ao agente bancário. Assim, se esse agente realiza a operação que, na realidade, era uma operação de lavagem de dinheiro, mas esse não conhecimento não poderia ser esperado do agente, ele não responderá pelo crime de lavagem de dinheiro.

Por outro lado, isso não significa que a conduta de uma operação que não tenha indícios de lavagem de dinheiro não possa, em hipótese alguma, ser atribuída ao agente bancário. Caso reste comprovado que o agente tinha, efetivamente, o conhecimento dos elementos objetivos do delito, ele responderá criminalmente.

O dolo, portanto, no crime de lavagem de dinheiro, em relação aos sujeitos obrigados, que exercem atividade no sistema financeiro bancário, aos quais se exige um conhecimento específico – tanto de conhecer seus clientes quanto de identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro –, recairá sobre os mesmos conhecimentos exigidos para cada uma das figuras delitivas da Lei 9.613/98. Porém, a análise dos conhecimentos, que será feita a partir de critérios objetivos, deverá ser realizada tomando em conta a especificidade do conhecimento que possuem.

5.3 Dolo e a cegueira deliberada

O instituto da cegueira deliberada já foi analisado no item 2.7. Agora, nesse passo, cabe verificar se ela seria equiparada ao dolo, a fim de possibilitar sua admissão no direito penal pátrio, em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

A cegueira deliberada vem ganhando adeptos na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Isso se verifica, especialmente, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro. Os tribunais a têm reconhecido, equiparando-a ao dolo eventual, para justificar uma condenação, sem que seja feita qualquer análise detida quanto aos seus requisitos. Em casos de grande repercussão, tem havido a condenação dos agentes na forma de dolo eventual, recorrendo-se à figura da cegueira deliberada⁷⁰⁴.

Uma das primeiras menções à cegueira deliberada por tribunal nacional foi na sentença do caso conhecido como o assalto ao Banco Central em Fortaleza. Na sentença, o magistrado condenou os agentes pela conduta da lavagem prevista no *caput* do artigo 1º da Lei n. 9.613/98, aplicando ao caso a cegueira deliberada⁷⁰⁵. Posteriormente, em grau de recurso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao julgar a apelação interposta pelos condenados, os absolveu, entendendo que “*a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (willful blindness), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva*”⁷⁰⁶. Pode-se mencionar, também, o julgamento da Ação Penal n. 470, do Supremo Tribunal Federal, em que, igualmente, com a finalidade de se condenar pelo crime de lavagem de dinheiro, alguns Ministros equipararam a cegueira deliberada ao dolo eventual⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ Conforme adverte Silveira, um dos problemas reside, justamente, em equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**. n. 246, 2013, p. 4.

⁷⁰⁵ “Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ‘ignorância deliberada’, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta” Ação Penal nº 0014586-40.2005.4.05.8100, 11ª Vara Federal da Justiça Federal de Fortaleza, j. 28.06.2007.

⁷⁰⁶ TRF 5, ACR 0014586-40.2005.4.05.8100, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, j. 09.09.2008, DJ 22.10.2008, p. 207.

⁷⁰⁷ “Pode-se identificar na conduta dos acusados-beneficiários, especialmente dos parlamentares beneficiários, a postura típica daqueles que escolhem deliberadamente fechar os olhos para o que, de outra maneira, lhes seria óbvio, ou seja, o agir com indiferença, ignorância ou cegueira deliberada. Para o crime de lavagem de dinheiro, tem se admitido, por construção do Direito anglo-saxão, a responsabilização criminal através da assim denominada doutrina da cegueira deliberada (*willful*

Embora não se possa afirmar ser uma real tendência na jurisprudência, a partir desses julgamentos, diversos outros tribunais e magistrados têm invocado a cegueira deliberada⁷⁰⁸.

Na doutrina nacional, há quem defenda a aplicação da cegueira deliberada, equiparando-a ao dolo eventual, desde que preenchidos seus requisitos:

“Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ‘ignorância deliberada’, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-la responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta. Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa para o dolo eventual no crime do art. 1º, caput, da Lei 9.613/98 (como não há em geral para qualquer outro crime no modelo brasileiro), há a possibilidade de admiti-lo diante da previsão geral do art. 18, I, do CP e de sua pertinência e relevância para a eficácia da lei de lavagem, máxime quando não se vislumbram objeções jurídicas ou morais para tanto”⁷⁰⁹.

Pierpaolo Bottini, embora não se posicione a favor da admissão da cegueira deliberada, reconhece que ela tem sido aceita por parte da jurisprudência, e demonstrando uma preocupação com sua admissão indiscriminada, elenca quais os requisitos que devem estar presentes para sua equiparação ao dolo eventual: que o agente crie, consciente e voluntariamente barreiras ao seu conhecimento; que o agente represente que a criação dessas barreiras de conhecimento facilitará a prática de atos

blindness doctrine). Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta. (...) Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro” STF, Ação Penal n. 470, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2012.

⁷⁰⁸ Nesse sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 122, 2016, p. 255-280. Além dos casos mencionados, relativos ao assalto ao Banco Central em Fortaleza e o caso do “Mensalão”, é de se indicar, entre outros: TRF4, ACR 2006.71.00.036774-1, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 22.07.2009.

⁷⁰⁹ MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem, cit., p. 101.

infracionais sem sua ciência; e que haja uma suspeita concreta, escorada em elementos objetivos, de que naquele contexto será praticada lavagem de dinheiro⁷¹⁰. Porém, destaca o autor ser importante delimitar os contornos do instituto da cegueira deliberada, a fim de evitar que nela sejam incluídos os casos de culpa consciente, especialmente em ordenamentos em que não se tipifica a lavagem de dinheiro na modalidade culposa:

“Antes de tudo, importa destacar que a cegueira deliberada, nos locais onde é adotada, não substitui apenas o dolo, mas abarca também a culpa consciente, a depender dos elementos concretos verificados. Portanto, nem todas as situações identificadas pela doutrina estrangeira como cegueira deliberada são equiparáveis ao dolo, ponderação importante para a lavagem de dinheiro, que apenas admite essa modalidade de tipicidade subjetiva”⁷¹¹.

Há, contudo, quem se posiciona contra a admissão da cegueira deliberada no ordenamento jurídico nacional⁷¹². Renato Silveira destaca que, na maioria dos casos julgados no Brasil, em que pese reconheçam que a origem da teoria da cegueira deliberada seja uma construção originária do *common law*, os Tribunais ressaltam que, sua adoção em países como Espanha, mostra a compatibilidade do instituto com a tradição da *civil law*, pelo que não haveria impedimento para sua aplicação no Brasil⁷¹³. Porém, como ressalva o autor, *“não se pode, nunca, simplesmente ter a referência da previsão da norma estrangeira, como se dissesse respeito à mesma ordem de coisas que*

⁷¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 144-145.

⁷¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Dos tipos penais, cit., p. 144.

⁷¹² Marco Antonio de Barros e Thiago Silva se posicionam contra a cegueira deliberada, por entender ser ela incompatível com a imputação objetiva: *“Não podemos admitir a ‘implícita incorporação’ da teoria da cegueira deliberada em nosso sistema jurídico, notadamente quando o raciocínio é feito para utilizá-la, sem expresso amparo legal, como instrumento de longa manus do dolo eventual, para impor responsabilização criminal no caso de lavagem de capitais. É inconvincente o argumento que tenta equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, pois ao se examinar esse posicionamento em conjunto com os fundamentos da teoria da ‘imputação objetiva’, verifica-se que esta última, ao invés de facilitar a atribuição de responsabilidade penal, na realidade, lhe opõe obstáculos, notadamente porque busca resolver algumas lacunas deixadas por outras teorias, como o próprio finalismo ou a conditio sine qua non”* BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada, cit., p. 203-256.

⁷¹³ A título de exemplo, constou de parte do acórdão da Ap 470 do Supremo Tribunal Federal: *“Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, Corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro”*.

a legislação nacional”⁷¹⁴. Ainda segundo o autor, a tipificação da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico espanhol é diferente do brasileiro; atualmente, a jurisprudência espanhola tende a tratar a cegueira deliberada como uma forma distinta do dolo direto e do dolo eventual⁷¹⁵; e mais, a “*cegueira deliberada pode até mesmo se portar como um tertium genus subjetivo, próximo ao dolo eventual, mas somente em um horizonte (como o espanhol ou alemão), onde não exista uma definição legal do que venha a ser dolo ou dolo eventual*”⁷¹⁶. Entre nós, porém, segundo Renato Silveira, haveria um impedimento legal para se admitir a equiparação da cegueira deliberada ao dolo eventual, vez que o legislador nacional delimitou o significado de dolo, o qual é incompatível com o instituto da cegueira deliberada.

Assim, em ordenamentos em que não há uma conceituação expressa do dolo na legislação, existe maior liberdade para trabalhar com o conceito de dolo, sendo possível incluir a cegueira deliberada em seu conceito. Nesse sentido, por exemplo, Ragués i Vallès destaca que, em relação à legislação espanhola, não haveria violação à legalidade, vez que a definição de dolo se encontra nas mãos da ciência penal, diferentemente do que se passa com ordenamentos em que há a definição de dolo, na qual se exige o conhecimento:

“Partiendo de esta base resulta obvio que no existe vulneración alguna de la legalidad en la decisión de incluir los casos de ignorancia deliberada en el dolo, precisamente porque éste es un concepto cuya definición se encuentra totalmente en manos de los consensos de la ciencia penal, que puede perfilarlos según sus necesidades con el único límite de que las consecuencias sean asumibles por el propio sistema jurídico. (...) Con todo, las anteriores conclusiones no pueden trasladarse sin más a aquellos sistemas jurídicos que han optado por definir legalmente el dolo exigiendo, de manera directa o indirecta, conocimiento de determinados elementos típicos. Afirmar en estos casos que es conocedor quien actúa en un estado de ignorancia con respecto a tales elementos parece imposible

⁷¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, cit., p. 255-280.

⁷¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, cit., p. 255-280.

⁷¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato, cit., p. 255-280.

*sin forzar más allá de lo deseable la letra de la ley: se trataría de una autentica contradictio in terminis dificilmente asumible por un principio de legalidad que quiera conservar una mínima vigencia*⁷¹⁷.

De fato, a exigência do conhecimento para a definição do dolo parece ser o principal impedimento à equiparação da cegueira deliberada ao dolo no ordenamento jurídico nacional, pois a cegueira deliberada se caracteriza justamente pela ausência de conhecimento, enquanto que o dolo exige o conhecimento. Do mesmo modo, segundo o conceito de dolo aqui proposto, em que se exclui a necessidade de um elemento volitivo, mas exige-se o conhecimento, a cegueira deliberada é incompatível, ainda que não se exija certeza por parte do agente, bastando que a conduta por praticada seja um método idôneo para praticar o resultado, ou seja, que muito provavelmente acarretará no resultado. Exige-se do sujeito que ele conheça *“tantos fatores integrantes do risco de realizar o tipo por ele criado quantos sejam necessários para qualificar esse risco como um risco doloso”*⁷¹⁸. Se ele não possui conhecimento dos fatores integrantes do risco, não há conhecimento. Isso parece ser um impedimento à equiparação da cegueira deliberada ao dolo⁷¹⁹.

Essa conclusão pode soar injusta, pois a reprovabilidade da conduta daquele que se coloca em cegueira deliberada não é muito diferente daquele que conhece e ainda assim atua, ou então daquele que não conhece, efetivamente, mas que tem conhecimento dos elementos integrantes do risco, e sabe da alta probabilidade de que aquela conduta caracteriza um delito⁷²⁰. Porém, realmente, viola o princípio da legalidade admitir a cegueira deliberada em um ordenamento jurídico em que o dolo exige o conhecimento.

⁷¹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada em Derecho penal**, cit., p. 195-196.

⁷¹⁸ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**, cit., p. 82.

⁷¹⁹ Nesse sentido, o entendimento de Blanco Cordero: *“En nuestra opinión, es preciso diferenciar dos situaciones diversas. Por un lado, aquella en la que el sujeto no quiere conocer la procedencia delictiva de los bienes, pero de alguna forma, en función de las circunstancias objetivas, se representa ésta como probable. Éste sería un supuesto de dolo eventual. (...) Por otro, la consistente en no querer saber absolutamente nada de los bienes, sin representarse en absoluto su origen delictivo. (...) Este caso no sería abarcado por el dolo, pues no se puede decir que actúa a sabiendas o con conocimiento”* BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 398.

⁷²⁰ Nesse ponto, há autores que sugerem uma pena diminuída àqueles que praticam um crime mediante cegueira deliberada: BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**. n. 41, v. 10, 2011, p. 64

A solução para sanar esse problema não pode ficar a cargo do aplicador do direito ou mesmo da doutrina. Cabe ao legislador, se assim desejar, incluir a cegueira deliberada como elemento subjetivo do tipo.

5.4 A possibilidade de tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro

Atualmente, a lavagem de dinheiro não é punida na forma culposa no ordenamento jurídico nacional. No plano internacional, não se pode dizer que há uma tendência à incriminação da forma culposa da lavagem de dinheiro, pois são poucos os diplomas internacionais que sugerem sua tipificação e os países que adotaram tal modalidade em seus ordenamentos.

Na prática, contudo, não parece exagerado supor que condutas culposas da lavagem de dinheiro estão sendo punidas, ainda que travestidas de dolo eventual ou de cegueira deliberada. E isso, tanto em razão do aumento da repressão aos crimes de colarinho branco, quanto pela dificuldade de se provar o dolo⁷²¹. Reconhecer a atipicidade de tais condutas, ou mesmo a ausência de provas, acabaria passando a imagem à sociedade de impunidade à criminalidade econômica, o que tem sido combatido pelos tribunais.

Não parece correto, porém, que a solução seja ampliar indiscriminadamente o conceito de dolo, aplicando-o em situações que, aparentemente, corresponderiam à culpa. Por essa razão, justifica-se analisar quais as vantagens e desvantagens em se admitir, *lege ferenda*, a tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro.

⁷²¹ Mostra essa preocupação Débora Motta Cardoso: “ao contrário do que se poderia supor, verifica-se na casuística que a lavagem de dinheiro motivada por uma conduta negligente tem levado a excessos punitivos cada vez mais frequentes, uma vez que condutas que na realidade não ultrapassam os limites da culpa, para que não restem impunes, vem sendo punidas como se dolosas fossem. Em verdade, a duvidosa ampliação punitiva que tem permitido aos julgadores a tipificação do delito de lavagem de dinheiro também na modalidade de dolo eventual, com a fundamentação, inclusive, na teoria da cegueira deliberada, ampliou inadequadamente o âmbito de punição pela prática delitiva, a tal ponto que se tem convivido de forma pacata com a indevida repreensão da modalidade da culpa travestida de dolo” CARDOSO, Débora Motta. A lavagem de dinheiro culposa frente aos excessos punitivos. **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; João Daniel Rassi. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 111.

5.4.1 A tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro

Alguns países adotam a tipificação da forma culposa da lavagem de dinheiro, como Espanha⁷²², Alemanha⁷²³ e Luxemburgo⁷²⁴. Analisando a doutrina espanhola, cuja tradição jurídica apresenta mais similitudes com a nossa, é possível verificar uma série de dificuldades enfrentadas com essa modalidade de lavagem de dinheiro⁷²⁵.

A primeira dificuldade se refere ao fato de a doutrina não se posicionar, de forma tranquila, quanto à admissão da culpa em todos os tipos penais da lavagem de dinheiro. A segunda dificuldade é o fato de o legislador ter decidido punir, apenas, as condutas culposas graves, o que gerou o problema em se definir o que corresponde a uma culpa grave de lavagem de dinheiro; seria necessário estabelecer critérios para distingui-la da culpa leve, que não será crime. Por fim, há autores que defendem a possibilidade de que a modalidade culposa só possa ser imputada os sujeitos obrigados, similar ao artigo 9º da Lei 9.613/98. Mostra-se importante expor essas dificuldades, para que se possa avaliar as vantagens e desvantagens em se tipificar a modalidade culposa da lavagem de dinheiro.

Na Espanha⁷²⁶, o crime de lavagem de dinheiro está definido no artigo 301 do Código Penal Espanhol. O nº 1 do referido artigo tipifica as condutas de adquirir, converter e transmitir bens, desde que o autor saiba da origem delitativa de tais bens, bem como tipifica aquele que pratica qualquer outro ato para encobrir a origem ilícita dos

⁷²² A modalidade culposa da lavagem de dinheiro na Espanha está prevista artigo 301, n. 3, do Código Penal, que dispõe: “*Se os feitos se realizem por imprudência grave, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa no mesmo valor ao triplo*”.

⁷²³ Na Alemanha, a previsão da conduta culposa é encontrada no artigo 261, nº 5: “*Quem, no caso do subparágrafo 1 ou 2, por negligência temerária, não reconhecer que o objeto se origina de um dos atos ilícitos do subparágrafo 1, é apenado com pena privativa de liberdade até dois anos ou multa*” (tradução livre do inglês). Disponível em: [http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm]. Acesso em 01.07.2017.

⁷²⁴ Em Luxemburgo, a modalidade culposa é encontrada na parte final do nº 8.1 da Lei de 7 de julho de 1989 (Lei de Drogas), que tipifica a conduta daquele que, “*por ignorância de suas obrigações profissionais, prestou assistência em qualquer operação de colocação, ocultação ou conversão do produto de tal infração*” (tradução livre do francês). Disponível em: [http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1989/07/07/n1/jo]. Acesso em 07.01.2017.

⁷²⁵ Para uma análise mais detalhada da tipificação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico Espanhol, cujas ideias são parcialmente produzidas nesse item: BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. *In Direito penal econômico: questões atuais*. São Paulo: RT, 2011.

⁷²⁶ Considerando que a Espanha, com um tradição jurídica muito próxima da nossa, já tipificou a lavagem de dinheiro na modalidade culposa, a sua experiência será utilizada como modelo ou banco de provas para análise dos benefício e dos problemas que tal incriminação pode causar.

bens ou para ajudar terceiro que tenha praticado o crime antecedente⁷²⁷. De outro lado, o n° 2 tipifica as condutas de ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, destino, movimento ou direito sobre os bens ou sua propriedade, que saiba proceder de um dos delitos antecedentes⁷²⁸. E a forma culposa está definida no n° 3 do artigo 301, que tipifica a conduta daquele pratica os feitos por *imprudência grave*, ou seja, culpa grave⁷²⁹.

Como se vê, não há óbice legal para a imputação da conduta culposa a qualquer das figuras contidas nos n°s 1 e 2 do artigo 301. Contudo, parte da doutrina espanhola entende que nem todas as modalidades admitem a tipificação culposa.

Inicialmente, em relação às condutas descritas no n° 1 do artigo 301, há autores entendem que não se admite a forma culposa, pois, o dispositivo exige elementos subjetivos especiais que são estritamente vinculados com o dolo direto, não sendo cabível sequer o dolo eventual e, quanto menos, a modalidade culposa⁷³⁰. De outro lado, há quem admite a modalidade culposa também para as condutas definidas do n° 1 do referido artigo 301, pois, se o legislador decidiu criar um tipo independente, que tipifica a conduta culposa dos preceitos definidos nos referidos n°s 1 e 2, não há óbice para que os comportamentos tipificados em tais dispositivos sejam praticados de forma culposa⁷³¹.

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

⁷²⁸ “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”.

⁷²⁹ “3. Se os feitos se realizem por *imprudência grave*, a pena será de prisão de seis meses a dois anos e multa no mesmo valor ao triplo”.

⁷³⁰ Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**, cit., p. 504; BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 402; CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 332-333; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Colex, 1998, p. 418.

⁷³¹ Admitindo a forma culposa para as condutas previstas tanto no n° 1 quanto no n° 2 do artigo 301: BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**, cit., p. 691;

No que se refere às condutas descritas no n° 2 do artigo 301, há autores que não admitem a modalidade culposa, pois a expressão *a sabiendas*, contida em referido dispositivo, exige que o agente saiba da proveniência ilícita dos bens, portanto, se o agente não conhece a origem ilícita de tais bens, não pode incorrer em tal crime culposamente⁷³². Mas há, também, quem defenda ser possível admitir a conduta culposa da lavagem de dinheiro no n° 2, pois, a expressão *a sabiendas* teria perdido seu sentido após a reforma de 1995 que alterou o Código Penal Espanhol. Isso porque, anteriormente à reforma, a regra que vigorava era de que os crimes admitiam a modalidade culposa, com exceção de alguns delitos. Para se identificar quais delitos somente poderiam ser praticados pela forma dolosa, o legislador inseria nos respectivos tipos penais expressões como “a sabiendas”. Com a reforma de 1995, o Código Penal Espanhol inverteu a regra, passando a estabelecer que os delitos, em geral, somente admitem a forma dolosa, devendo o legislador identificar, expressamente, quais os delitos que poderão ser praticados culposamente, como ocorre hoje no ordenamento jurídico nacional. Em razão dessa mudança, a expressão *a sabiendas* teria deixado de ter relevância para a identificação dos delitos que somente podem ser praticados dolosamente⁷³³.

O segundo problema enfrentado na doutrina espanhola em razão da admissão da culpa no crime de lavagem de dinheiro refere-se ao conteúdo da culpa grave⁷³⁴. O Código Penal Espanhol, no n° 3 do artigo 301, se refere à culpa por meio da expressão

VIDALES RODRIGUEZ, Caty. **Los delitos de receptación y legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 128; VIDALES RODRIGUEZ, Caty. **Los delitos de receptación y legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 129.

⁷³² Nesse sentido: COBO DEL ROSAL, Manoel. La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales. *In Cuadernos de Política Criminal*. Segunda Época. n° 85. Madrid: CESEJ, 2005, p. 65/66.

⁷³³ Essa é a posição de CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 334-335.

⁷³⁴ O legislador brasileiro não faz distinção entre culpa grave e leve para a caracterização do crime culposo. Porém, à luz da antiga disciplina do Código Penal Brasileiro de 1940, Raul Machado distinguia a culpa leve da grave: “*é leve a culpa, quando o criminoso podia prever as consequências do fato praticado. É grave, quando não só podia, como devia prever tais consequências, diante da evidência com que se apresentavam*” MACHADO, Raul. **A Culpa no Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo, 1943, p. 367. Em trabalho mais recente sobre culpa temerária, que seria sinônimo de culpa grave, Selma Pereira de Santana assim a define: “*O critério densificador da culpa temerária, qual seja o comportamento particularmente perigoso e de um resultado de verificação altamente provável, revele em nível do tipo de ilícito, e que aquele outro critério densificador, isto é, o da atitude particularmente censurável de leviandade ou de descuido, revele para o tipo de culpabilidade*” SANTANA, Selma Pereira. **A Culpa Temerária**. Contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005, p. 241.

imprudencia grave. Enquanto que, na Espanha, fala-se em imprudência grave, na Alemanha, o termo utilizado é negligência temerária⁷³⁵. Embora com denominações diversas, a intenção de ambos os legisladores foi tipificar exclusivamente a conduta culposa grave, e não a leve. Embora não haja dúvidas quanto ao fato de que a culpa tenha de ser grave, há divergência na doutrina espanhola em relação ao que caracterizaria a gravidade da culpa no crime de lavagem de dinheiro.

Para parte da doutrina espanhola, a modalidade culposa se daria de acordo com a culpa do sujeito em desconhecer a origem ilícita dos bens, sendo a culpa mais grave na medida em que houver maior violação ao dever de cuidado no conhecimento da origem ilícita dos bens provenientes de crime⁷³⁶. Em sentido diverso, há quem entenda que o legislador não limitou o âmbito da imprudência ao conhecimento da origem ilícita dos bens, mas sim à própria conduta de lavagem de dinheiro⁷³⁷.

Por fim, há quem defenda que somente é possível a incriminação da imprudência grave nas formas mais extremas de atuar descuidadamente, que resultam de uma análise conjunta dos elementos normativos e psicológicos que rodeiam a infração do dever de cuidado. Os elementos normativos seriam a violação a normas administrativas que estabelecem deveres para a prevenção e identificação da prática da lavagem de dinheiro. Mas, além da violação a essas normas administrativas, deveriam ser analisados elementos psicológicos do agente, como, por exemplo, a incapacidade de perceber que determinada operação incorrerá em um comportamento danoso, quando

⁷³⁵ Artigo 261, nº 5: “*Quem, no caso do subparágrafo 1 ou 2, por negligência temerária, não reconhecer que o objeto se origina de um dos atos ilícitos do subparágrafo 1, é apenado com pena privativa de liberdade até dois anos ou multa*”.

⁷³⁶ É o que defende Carpio Delgado: “*Para medir o graduar la gravedad de la imprudencia habrá que tener en cuenta la capacidad del sujeto, el rol específico que cumple así como sus conocimientos especiales. Es decir, se deberá tener en consideración ‘el grado de participación subjetiva del autor en el hecho y de conciencia de peligro que supone la acción que realiza. De ahí la importancia del deber subjetivo de cuidado ya que mientras más grave sea su lesión, más grave será la imprudencia’*” CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 337. No mesmo sentido, asseveram Bajo Fernandez e Bacigalupo: “*La imprudencia grave, es decir, una infracción de los más elementares deberes de cuidado, se debe referir a los hechos contemplados en los apartados anteriores. De ahí que haya que entender que la imprudencia grave es sobre el conocimiento del origen o procedencia de los bienes en un delito grave*” BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**, cit., p. 691.

⁷³⁷ Assim defende Fabián Caparrós: “*el legislador español no ha querido ceñir el ámbito de la imprudencia punible via art. 301.3 NCPE al conocimiento de los bienes. Contrariamente, valiéndose de una fórmula tan breve en las formas como amplia en su contenido, ha preferido referir la negligencia a ‘los hechos’ descritos en los apartados 1 y 2, es decir, no sólo al objeto o a SUS cualidades, sino también a la propia conducta de blanqueo*” FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 420-421.

seria fácil tal percepção. Ao mais, deveriam ser consideradas, também, a formação e o nível de estudo do agente, pois, aqueles que trabalham no mercado financeiro têm mais facilidade para identificar uma operação de lavagem de dinheiro do que um particular⁷³⁸.

Não há, portanto, unanimidade ou consenso sobre o conceito de culpa grave na lavagem de dinheiro. Mas não é só em relação a este delito. Para alguns doutrinadores, a criação da categoria legal da *imprudencia grave* gerou um problema prático em relação a todos os delitos que a preveem, pois é muito difícil distingui-la da culpa leve⁷³⁹. Ao estabelecer que a tipificação culposa da lavagem de dinheiro somente se daria em relação aos crimes praticados com culpa grave, o legislador espanhol criou muitas dificuldades para o aplicador da lei penal, pois não definiu os critérios para se identificar a gravidade da culpa, deixando à arbitrariedade dos magistrados a análise da gravidade da culpa e, conseqüentemente, da prática ou não da modalidade culposa da lavagem de dinheiro.

Para grande parte da doutrina espanhola, a forma encontrada para imputar a lavagem de dinheiro a título de *imprudencia grave* foi restringir o sujeito ativo apenas aos sujeitos obrigados. É o que se passará a expor.

5.4.2 A culpa e os sujeitos obrigados

Embora a legislação espanhola não tenha feito qualquer ressalva em relação a quem pode ser sujeito ativo da forma culposa da lavagem de dinheiro, parte da doutrina espanhola entende que não é todo cidadão que pode responder pela forma culposa da lavagem de dinheiro, apenas as pessoas físicas profissionais que infringjam o dever de

⁷³⁸ É o que defende ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El Delito de Blanqueo de Capitales**, cit., p. 284-285. Para o autor, os elementos normativos são: “*Las normas que establecen deberes genéricos o específicos de evitar conductas de blanqueo. En este sentido, cobra una particular relevancia el atender al incumplimiento de dos deberes de prevención establecidos en la normativa administrativa*” e os elementos psicológicos são: “*imprevisión de consecuencias nocivas cuando las mismas eran fácilmente previsibles, prevenibles y evitables. La formación y educación del sujeto condicionan la posibilidad de conocer y prevenir estas conductas, pues en la materia que nos ocupa, no será igualmente exigible un comportamiento cauteloso a un particular que a un profesional de la banca*” *Idem, ibidem*, p. 284-285.

⁷³⁹ Destaca BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2ª ed. Cizur Menor: Arazandi, 2002, p. 405/406, que é muito difícil estabelecer, diante de toda a arbitrariedade, uma linha clara que determine, no caso concreto, qual comportamento pode classificar-se como sendo imprudente e qual não e que a tipificação da culpa grave, por possui um caráter ambíguo e inespecífico, contradiz com o critério da taxatividade dos tipos penais.

cuidado imposto a elas por meio de legislação administrativa, a título de prevenção de tal delito⁷⁴⁰.

Atualmente, encontra-se em vigor a Lei 10/2010, que trata de medidas de prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro, impondo diversas obrigações a determinados sujeitos que, nos moldes dos artigos 9º a 12 da Lei 9.613/98 vigente entre nós. Na Espanha, as pessoas que são obrigadas a colaborar com a repressão de lavagem de dinheiro estão definidas no artigo 2º da Lei n 10/2010, entre as quais se encontram as entidades financeiras.⁷⁴¹ As obrigações estão previstas nos artigos 3º a 25 da Lei nº 10/2010. Além de obrigações específicas, a lei obriga que qualquer outra operação suspeita de ser relacionada com a lavagem de dinheiro ou o financiamento ao terrorismo deva ser comunicada⁷⁴².

A razão de se restringir a responsabilidade penal pela lavagem de dinheiro a título de culpa grave apenas aos sujeitos obrigados decorre do fato de não se poderia impor a todo e qualquer cidadão o dever de investigar e conhecer a origem de todos os bens e valores que venham a receber, pois isso seria praticamente impossível⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Nesse sentido: GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español**, cit., p. p. 59; CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 335-336; BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**, cit., p. 691.

⁷⁴¹ Dispõe o artigo 2, n. 4, da Lei 10/2010: “4. *A los efectos de esta Ley se considerarán entidades financieras los sujetos obligados mencionados en las letras a) a i) del apartado 1 de este artículo*”. Por sua vez, as alíneas a a i dispõem: “a) *Las entidades de crédito. b) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente. c) Las empresas de servicios de inversión. d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora. e) Las entidades gestoras de fondos de pensiones. f) Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora. g) Las sociedades de garantía recíproca. h) Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico. i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda*”.

⁷⁴² Lei 10/2010, artigo 18, 1: “1. *Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones*”.

⁷⁴³ Nesse sentido, entre outros: GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español**, cit., p. p. 60; CARPIO DELGADO, Juana del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**, cit., p. 336; BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 404. De forma ainda mais restrita, Martínez-Buján Pérez critica a tipificação da forma culposa da

Portanto, restaria a conduta culposa somente àqueles que infringissem o dever de cuidado imposto por determinação de lei administrativa⁷⁴⁴.

Outro argumento elencado é de que não se poderia considerar como sendo grave a conduta culposa de lavagem de dinheiro praticada por qualquer cidadão. Isso porque, se os sujeitos obrigados administrativamente podem incorrer na forma culposa da lavagem de dinheiro, é porque se pode exigir deles um maior dever de cuidado, o que faz com que a culpa desses sujeitos obrigados seja grave. Comparando a violação do dever de cuidado desses sujeitos obrigados com a violação do dever de cuidado do cidadão comum, não se pode dizer que a gravidade seja a mesma. Assim, se é grave a conduta culposa dos sujeitos obrigados por lei, será leve a conduta culposa do cidadão comum, que não poderá incorrer na lavagem de dinheiro culposa⁷⁴⁵.

Para esse segmento da doutrina espanhola, portanto, somente poderão incorrer na prática culposa da lavagem de dinheiro as pessoas obrigadas administrativamente a colaborar com a prevenção de tal delito. Entendem que, se há uma lei administrativa impondo obrigações a determinados sujeitos, estes deverão responder pelo crime culposo de lavagem de dinheiro, sequer podendo alegar o desconhecimento da origem ilícita dos bens para evitar a responsabilidade pela lavagem de dinheiro⁷⁴⁶.

Em sentido contrário, outra corrente doutrinária considera que qualquer pessoa poderá ser o sujeito ativo da lavagem de dinheiro culposa, não havendo limitação aos

lavagem enquanto não houver “*un ‘deber de diligencia intensificado’ en el sujeto activo, concebido como una auténtica ‘negligencia profesional’, lo cual constituye una premisa insoslayable para la incriminación de la imprudencia*” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Instrumentos Jurídicos Frente a la Globalización de los Mercados (En el ejemplo del blanqueo de capitales), cit., p. 98.

⁷⁴⁴ Observa Gómez Iniesta que: “*lo que se exige a los intermediarios y demás profesionales vinculados al mundo financiero es un comportamiento diligente y una particular atención a todas las circunstancias que rodean el negocio*” GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español**, cit., p. 60. Nesse mesmo sentido, defende Muñoz Conde, embora se referindo à Lei 19/1993, antes da alteração sofrida pela Lei 10/2010: “*No obstante, el castigo por imprudencia deberá limitarse a aquellas personas físicas que en virtud de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales, se encuentren obligadas a cumplir las normas allí contenidas, en especial las que se contemplan en los arts. 2, 3,4 y 7*” MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**, cit., p. 504.

⁷⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 418.

⁷⁴⁶ É o que assevera Blanco Cordero: “*si el sujeto, además de no querer saber, no se representa en absoluto el origen de los bienes, su conducta no será dolosa. Para estos últimos casos, si el ordenamiento jurídico impone una obligación de cuidado, no se va a poder alegar el desconocimiento de los bienes para eludir la responsabilidad por el blanqueo*” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 403.

sujeitos obrigados administrativamente a colaborarem com a prevenção de tal crime⁷⁴⁷. Para essa corrente doutrinária, se o legislador não limitou os sujeitos ativos, não cabe ao aplicador do Direito fazê-lo⁷⁴⁸.

Mesmo para alguns adeptos desse posicionamento ampliativo, que admite que qualquer cidadão possa ser sujeito ativo da modalidade culposa da lavagem de dinheiro, há quem ressalve que, na prática, não se poderá exigir da grande parte dos cidadãos comuns um nível de vigilância que inquiete suas vidas. Isso significa que não se poderá cobrar de qualquer do povo o mesmo dever de vigilância que se exige dos profissionais obrigados pela Lei nº 10/2010⁷⁴⁹.

Como se verifica, também em relação aos sujeitos ativos da forma culposa da lavagem de dinheiro, há ainda muita controvérsia entre os doutrinadores espanhóis. O Código Penal não limita o sujeito ativo, pelo que se poderia concluir que qualquer cidadão poderá incorrer em tal modalidade do crime de lavagem de dinheiro. Todavia, uma vez que a legislação penal acabou por limitar a forma culposa da lavagem de dinheiro à conduta praticada com culpa grave, parte da doutrina defende que o cidadão comum não poderia ser sujeito ativo, somente os obrigados administrativamente no auxílio ao combate à lavagem de dinheiro, vez que unicamente em relação a estes poderia se verificar um comportamento tido como praticado com culpa grave.

⁷⁴⁷ Nesse sentido: DÍAZ-MAROTO Y VILLARELO, Julio. Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales. In **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 488-489.

⁷⁴⁸ É o que assevera ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El Delito de Blanqueo de Capitales**, cit., p. 283. Nesse mesmo sentido, Zaragoza Aguado: “*nuestro legislador ha optado por un modelo de incriminación de la imprudencia que no se limita a los profesionales del sector financiero, o en general aquellos sujetos obligados por la normativa administrativa para la prevención del blanqueo, sino que proyecta esta norma a toda la ciudadanía. Así pues, podemos afirmar que cualquier persona puede cometer imprudentemente el blanqueo de capitales*” ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Análisis sustantivo del delito (II), cit., p. 306. Ainda no mesmo sentido, Bajo Fernandez e Bacigalupo: “*el tipo penal no limita el campo de los sujetos activos a quienes ostenten responsabilidades o desempeñen funciones en una entidad financiera, de manera que sujeto activo de la infracción culposa puede ser cualquier persona*” BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**, cit., p. 693.

⁷⁴⁹ Nesse sentido: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 418-420.

5.4.3 Críticas à possibilidade de tipificação da modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro no Brasil

À luz dos questionamentos encontrados na doutrina espanhola sobre a tipificação culposa da lavagem de dinheiro, passa-se a fazer uma análise crítica sobre a possibilidade de sua tipificação no ordenamento jurídico nacional.

A Espanha já prevê a forma culposa da lavagem de dinheiro desde a Reforma do Código Penal ocorrida 1992, a qual era tipificada no artigo 344 bis h)⁷⁵⁰. No entanto, como se pode verificar, muitas questões ainda suscitam controvérsia entre doutrinadores e são alvos de intensas críticas.

Via de regra, a tipificação de uma conduta culposa decorre do interesse público na preservação de bens indispensáveis à vida em sociedade⁷⁵¹. Mas a tipificação da conduta culposa também pode ser uma opção de política criminal para os crimes em que a prova do dolo na conduta do agente é extremamente difícil, mormente em crimes complexos como é o caso da lavagem de dinheiro. Segundo Blanco Cordero esse foi o motivo que fez com que alguns países tipificassem a modalidade culposa de lavagem de dinheiro, como ocorreu na Espanha⁷⁵².

Ao que parece, a incriminação da forma culposa da lavagem de dinheiro na Espanha se deu pela simples dificuldade em se provar o dolo, especialmente no que diz respeito ao sujeito ter conhecimento sobre da procedência ilícita dos bens. Ao invés de se criar regras probatórias compatíveis com tais dificuldades e incrementar os meios de investigação, a forma mais fácil encontrada para aumentar a repressão aos crimes de lavagem de dinheiro foi tipificar a conduta culposa.

Nesse sentido, a crítica de Fabián Caparrós:

“La posibilidad de castigar supuestos de negligencia, asociada a la necesidad de respetar el principio de presunción de

⁷⁵⁰ DIEZ RIPOLLES, José Luis. El Blanqueo de Capitales Procedentes del Trafico de Drogas, cit., p. 606.

⁷⁵¹ NORONHA, Edgard Magalhães. Do crime culposos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 149.

⁷⁵² Nesse sentido, assevera Blanco Cordero: “Una de las cuestiones más polémicas es la relativa a la necesidad de sancionar el blanqueo de capitales imprudente. Si se configura de forma exclusiva como un delito doloso, la prueba del dolo va a plantear grandes dificultades. (...) Sería muy difícil para las autoridades probar la existencia de un conocimiento positivo, lo que dejaría prácticamente sin aplicación al delito de blanqueo de capitales. Para evitar esto, en algunos sistemas penales como el alemán y el español se ha procedido a la criminalización del blanqueo imprudente, cuya ventaja reside en que facilita la prueba del delito” BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.**, cit., p. 401.

*inocencia, permite afirmar que el art. 301.3 es un instrumento orientado a penalizar actos de blanqueo respecto de los cuales no haya sido posible probar el dolo del sujeto. Siendo así, el blanqueo imprudente se convierte en un tipo de recogida en el que no se pretende tanto castigar a quien opera sobre unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a quien, siendo sospechoso de haber tenido noticia de esa procedencia, no se le pudo probar*⁷⁵³.

Critica-se a incriminação da conduta culposa nesse delito, por representar um meio de utilizar o direito penal para suprir a dificuldade probatória da acusação em demonstrar a ocorrência de um crime doloso, enquanto que deveriam ser reunidos maiores esforços para comprovar o dolo⁷⁵⁴. Isso porque, a tipificação da culpa na lavagem de dinheiro nada mais é do que o reconhecimento de um fracasso na produção de provas visando se provar o dolo.

Como destaca Aranguez Sánchez, a tipificação da modalidade culposa da lavagem sequer é a melhor solução para suprir a dificuldade probatória, pois a maior dificuldade não é a comprovação de que o agente tinha conhecimento da origem ilícita do bem, mas sim em demonstrar a relação entre o crime antecedente e o crime de lavagem⁷⁵⁵.

Uma das mais relevantes críticas doutrinárias contra a incriminação da forma culposa da lavagem de dinheiro, especialmente sem delimitar o sujeito ativo aos obrigados, é que seria muito difícil ao sujeito comum que realiza uma operação aparentemente lícita perceber que se trata de lavagem de dinheiro, pois há uma infinidade de formas de mascarar a origem delitativa de um bem, o que dificulta distinguir uma operação de lavagem de dinheiro das transações lícitas. Como o rol dos crimes antecedentes no Brasil é ilimitado, qualquer cidadão, em qualquer momento, pode entrar em contato com bens produtos de crime que estariam sendo “lavados”, sem que lhe seja fácil identificar que se trata de uma lavagem de dinheiro.

⁷⁵³ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 89. Mar-Abr/2011. p. 131-158.

⁷⁵⁴ Nesse sentido: ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El Delito de Blanqueo de Capitales**, cit., p. 280; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. In **Cuadernos de Política Criminal**. n.º 58. Madrid: EDERSA, 1996, p. 134.

⁷⁵⁵ ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El Delito de Blanqueo de Capitales**, cit., p. 281.

Nem mesmo se houvesse, por exemplo, um rol de ações suspeitas para facilitar que o cidadão reconheça a lavagem de dinheiro, essa lista não seria a solução para o problema. Primeiro, porque as operações suspeitas de lavagem de dinheiro mudariam muito e, portanto, o elenco nunca seria uma orientação definitiva. De outro lado, porque a lista dirigida ao conhecimento de um cidadão comum não poderia ser demasiadamente ampla, para não impor uma exigência excessiva para o indivíduo comum⁷⁵⁶.

As autoridades competentes elencam listas de atividades consideradas suspeitas, a fim de facilitar a sua identificação pelos sujeitos obrigados administrativamente a prevenir práticas de lavagem de dinheiro⁷⁵⁷. No entanto, sempre surgem outras formas de lavar dinheiro, dificultando cada vez mais o trabalho em se identificar uma operação de lavagem de dinheiro. Se nem todos os sujeitos obrigados pela Lei 9.613/98 podem ser considerados como preparados para identificar condutas que poderiam caracterizar a lavagem de dinheiro⁷⁵⁸, seria demais exigir tal tarefa do cidadão comum⁷⁵⁹. Além de ser inviável na prática, seria impor aos cidadãos uma fiscalização constante em todos os setores das relações sociais, tratar-se-ia de uma medida autoritária de transferência impositiva a cada indivíduo de um dever tipicamente estatal. Em um Estado Democrático de Direito, exigir tal forma de fiscalização do cidadão seria violar a dignidade da pessoa humana, assegurada pela Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III, que é a base para a construção e a viabilização da vida em sociedade e em relação à qual nenhum outro princípio pode se sobrepor.

O Direito Penal tem como um dos seus princípios primordiais o da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal somente intervirá quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes para a tutela de bens jurídicos mercedores de

⁷⁵⁶ Nesse sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 406.

⁷⁵⁷ BACEN: Carta Circular nº 3.461/09; CVM: Instrução CVM nº 301/99; SUSEP: Circular nº 380/08; COAF: Resoluções nº nº 13/05, nº 03/99, nº 04/99, nº 05/99, entre outras.

⁷⁵⁸ Nesse sentido, Marco Antonio de Barros: “*O universo constituído pelas pessoas jurídicas e físicas oneradas pelo art. 9.º e parágrafo único da Lei de ‘Lavagem’ é multifacetado e não se pode esperar que 100% dos sujeitos-obrigados sejam capazes de identificar as operações que possam constituir-se em sérios indícios dos crimes de ‘lavagem’.* É verdade que esta tarefa já está sendo desenvolvida com êxito em determinados setores, principalmente pelas pessoas instituições bancárias e financeiras que já implantaram o comitê de compliance em suas organizações (ver 9.6). Porém, o grosso das pessoas físicas e jurídicas obrigadas a cumprir essas normas administrativas, ainda se portam de maneira bem distante daquela que foi desenhada pelo legislador” BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**, cit., p. 317.

⁷⁵⁹ É o que defende, na Espanha, Aranguez Sánchez: “*Sólo el conocimiento de la ilícita procedencia del bien puede justificar la intervención penal, por lo que debería quedar excluida la incriminación de la imprudencia*” ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El Delito de Blanqueo de Capitales**, cit., p. 278.

proteção. É criticável a tipificação da forma culposa da lavagem de dinheiro, pois estaria violando-se o princípio da intervenção mínima, na medida em que há diversas normas extrapenais, como as administrativas, que poderiam suprir a necessidade de incriminação penal da forma culposa. Tipificar a modalidade culposa da lavagem de dinheiro seria considerar que as normas extrapenais são insuficientes para preveni-la, o que não se tem conhecimento de ser verdadeiro⁷⁶⁰.

Ainda que se considere que, atualmente, o Direito Administrativo não é capaz de evitar as condutas culposas de lavagem de dinheiro, isso não implica, conseqüentemente, a necessidade de incriminação penal das condutas culposas. Deve-se fazer uma análise quanto à possibilidade de se aprimorar as legislações na esfera administrativa, criando mais deveres e obrigações, aumentando o rol dos sujeitos obrigados na prevenção da lavagem de dinheiro e dando treinamento adequado a esses sujeitos obrigados, a fim de suprir a necessidade de intervenção do Direito Penal. Se os sujeitos obrigados administrativamente não estão preparados para identificar operações de lavagem de dinheiro, o Direito Administrativo é falho e não insuficiente.

Entende-se, portanto, que a tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro em nosso ordenamento acarretaria na violação ao princípio da intervenção mínima, pois pode o legislador se limitar a sancionar administrativamente a forma culposa, o que, neste caso, possuiria resultados mais eficazes.

Na doutrina nacional, se posicionando contra a tipificação da conduta culposa, que deve ficar a cargo do Direito Administrativo, defende Rodrigo Sanches Rios:

“concordar com a procedência da espécie culposa alastrada em fundamentos de política-criminal, ainda que com a restrição a determinadas classes profissionais, significaria elastecer de modo desnecessário o manto de punibilidade dessa figura típica, revelando a usurpação da função do Direito administrativo sancionador e permitindo o engessamento da vida social”⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ É o que defende Fabián Caparrós: “Por todo ello, si queremos ser respetuosos con el principio de intervención mínima, se habrá de restringir la aplicación del Derecho penal a los supuestos en los que medie el dolo del agente – ya sea directo o eventual -, aceptando sin demasiada inquietud la existencia de un reducido porcentaje de posibilidades de que permanezca impune la conducta de quien, por simple descuido, colabore con los promotores de una operación de reciclaje” FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **El delito de blanqueo de capitales**, cit., p. 341.

⁷⁶¹ RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico**, cit., p. 177-178.

Em sentido contrário, Débora Motta defende que, entre ampliar desproporcionalmente o dolo e tipificar a conduta culposa, esta seria a melhor solução:

“Enfim, sopesando os argumentos favoráveis e contrários à criação do novo tipo penal de lavagem de dinheiro culposa, nos posicionamos no sentido de que sendo mantida a atual tendência em se ampliar desproporcionalmente a punição pelo dolo eventual nos crimes de lavagem de dinheiro, a única saída que se mostra viável para evitar a proliferação de punições injustas se dá pela flexibilização da punição penal com a incorporação ao tipo penal do art. 1º da Lei 9.613/98 da modalidade culposa”⁷⁶².

Não obstante os problemas enfrentados na prática com as condenações pelo crime de lavagem de dinheiro, mediante indevida ampliação o espectro do dolo, suprindo déficit probatório dos elementos do dolo, não parece ser a melhor solução tipificar a conduta culposa da lavagem de dinheiro.

Inicialmente, porque não se pode admitir a tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro em decorrência da simples dificuldade na produção de provas do dolo do agente. Deve o Estado se aparelhar para suprir sua deficiência ao invés de sancionar criminalmente aquele que age culposamente.

Além disso, não se pode impor ao cidadão comum a obrigação de controlar toda e qualquer atividade que exerça, verificando a origem dos bens, direitos e valores, sob pena de se inviabilizar a vida em sociedade. Se nem mesmo todos os sujeitos obrigados administrativamente na prevenção deste delito são capazes de identificar todas as vezes em que entram em contato com a lavagem de dinheiro, não se pode impor tal dever ao cidadão comum. Considerar como sujeito ativo da lavagem de dinheiro culposa o cidadão comum seria desrespeitar a dignidade da pessoa humana, essencial em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil.

De se considerar, ainda, que utilizar o Direito Penal para sancionar a conduta culposa da lavagem de dinheiro é violar o princípio da intervenção mínima, pois, o Direito Administrativo é suficiente na prevenção e no combate à forma culposa. Havendo meios de se aprimorar a prevenção da lavagem de dinheiro na esfera

⁷⁶² CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*, cit., p. 178.

administrativa, é perfeitamente possível e suficiente o Direito Administrativo no combate e prevenção da lavagem de dinheiro culposa.

Não se pode admitir, portanto, a tipificação em nosso ordenamento a figura culposa do crime de lavagem de dinheiro.

CONCLUSÃO

1. Remonta ao século XIX o início do embate entre os doutrinadores quanto à necessidade ou não do elemento volitivo para a caracterização do dolo, mas a discussão permanece atual.
2. As clássicas teorias volitivas consideravam necessária a vontade apenas para a forma do dolo direito de primeiro grau, enquanto que, para as demais modalidades de dolo, quais sejam, dolo direito de primeiro grau e dolo eventual, não se considera presente o querer, mas formas equiparadas a ele.
3. As teorias cognitivas consideram desnecessário o elemento volitivo para a caracterização do dolo, reputando relevante, apenas, o conhecimento. Divergem quanto ao grau desse conhecimento: se suficiente a possibilidade ou se necessária uma probabilidade de ocorrência do resultado.
4. O conhecimento é o único elemento do dolo que está presente em todas as teorias volitivas e cognitivas. Normalmente, para as teorias volitivas, o grau que se exige do conhecimento é relativamente menor do que para as teorias cognitivas, na medida em que o elemento volitivo suprime a deficiência cognitiva.
5. Nas atuais teorias do dolo, há uma maior preocupação com os limites do dolo e sua distinção com a culpa. Diversas teorias volitivas foram desenvolvidas com a preocupação de estabelecer um critério para distinguir o dolo eventual da culpa consciente, atribuindo a esse critério algum elemento de caráter psicológico.
6. A vontade, por ser algo interno ao agente, não possui um critério seguro para sua constatação, deixando a cargo do subjetivismo do julgador a análise de fatores relacionados ao agente, o que remonta mais a um direito penal do autor, e não do fato.
7. As teorias cognitivas mais modernas consideram desnecessária a presença do elemento volitivo para o dolo. Havendo o conhecimento do agente de que sua conduta poderá causar o resultado, é indiferente a sua intenção ou propósito.
8. As teorias cognitivas divergem quanto ao grau do conhecimento que se exige para considerar presente o dolo. Para alguns, basta a possibilidade de que a conduta do agente causará o resultado, para outros, é necessária a probabilidade de que tal resultado se verifique. Há, ainda, aqueles que exigem que esta probabilidade seja elevada.

9. A segunda divergência se refere à forma de constatação desse conhecimento. Há quem considere que deva ser levado em conta o conhecimento do próprio agente, enquanto outros defendem que o dolo deve ser constatado a partir de critérios objetivos.

10. Adota-se a teoria cognitiva proposta por Ingeborg Puppe, segundo a qual o dolo é o conhecimento da alta probabilidade de que a conduta irá causar o resultado típico, o qual deverá ser constatado a partir de critérios objetivos, considerando o conhecimento de qualquer pessoa que pensa e age racionalmente.

11. Uma das consequências da teoria da Puppe é não haver distinção entre dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual. Haverá um único dolo, para o qual bastará o conhecimento. Qualquer atributo de caráter volitivo estará fora do âmbito de imputação subjetiva.

12. Esta concepção cognitiva sobre o dolo é compatível com o Direito Penal brasileiro, e pode ser considerada para todos os delitos previstos no ordenamento jurídico.

13. A lavagem de dinheiro pode ser compreendida como um processo através do qual bens de origem delitativa passam a integrar o sistema econômico legal, com aparência de lícitos. No Brasil, o legislador tipificou apenas condutas correspondem a algumas das fases da lavagem de dinheiro, não exigindo o término de todo o processo para a configuração do crime. Porém, o objetivo de reintegrar tais bens na economia com aparência de licitude deve estar presente para configurar os tipos penais da lavagem, especialmente em se considerando a ordem socioeconômica como o bem jurídico tutelado.

14. Analisando o elemento subjetivo da conduta principal da lavagem de dinheiro, prevista no *caput* do artigo 1º da Lei 9.613/98, são necessários três elementos: o conhecimento, com alto grau de probabilidade, de que aquele bem, direito ou valor, seja de origem ilícita; o conhecimento de que há uma alta probabilidade de que, com aquela conduta, está-se ocultando ou dissimulando um dos atributos previstos no tipo penal quanto ao bem, direito ou valor; adicionalmente, o conhecimento de que, muito provavelmente, aquela conduta se insere em um esquema de lavagem de dinheiro, de forma que aquela ocultação ou dissimulação é apenas parte de um processo, cujo objetivo é reinsserir tal bem na economia com a aparência lícita.

15. No que se refere às instituições financeiras bancárias, que são sujeitos obrigados administrativamente nos termos do artigo 9º da Lei 9.613/98, para a tipicidade subjetiva, a constatação do conhecimento não deverá como parâmetro o sujeito comum, mas sim daquela categoria de pessoas detentoras de determinados conhecimentos específicos, que mais facilmente podem identificar operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

16. É possível a prática do crime de lavagem de dinheiro, por meio de omissão imprópria, uma vez presentes todos os seus elementos. Contudo, os deveres administrativos impostos às instituições financeiras bancárias, nos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/98, se descumpridos, não poderão acarretar na imputação do crime de lavagem de dinheiro, a título de omissão imprópria, pois, o resultado típico já terá se verificado antes da inobservância do dever de agir.

REFERÊNCIAS

- ABEL SOUTO, Miguel. **El blanqueo de dinero en la normativa internacional.** Especial referencia a los aspectos penales. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- ABEL SOUTO, Miguel; SÁNCHEZ STEWART, Nielson. **IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero.** Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- ALIAGA MÉNDEZ, Juan Antonio. **Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales.** Adaptada a la Ley 10/2010. Madrid: La Ley, 2010.
- ALVES JÚNIOR, Thomaz. **Anotações Theóricas e Práticas ao Código Criminal.** Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto e C., Tomo I, 1864.
- AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal.** Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El delito de blanqueo de capitales.** Madrid: Marcial Pons, 2000.
- BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal.** Cizur Menor: Aranzdi, 2011.
- _____. **Derecho penal.** Parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- _____. La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial. *In Curso de derecho penal económico.* Madrid: Marcial Pons, 1998.
- _____. **Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero.** Cizur Menor: Aranzadi, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no processo penal.** São Paulo: RT, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; 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.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. **Lavagem de dinheiro e evasão de divisas: análise das hipóteses de concurso de crimes e de concurso aparente de normas.** Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Eloisa de Sousa Arruda, 2010.

- BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. Lavagem de dinheiro: estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. *In* **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: RT, 2011.
- BAIGÚN, David. **Los delitos de peligro y la prueba del dolo**. Montevideo: Julio César Faira, 2007.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. El destinado delito de blanqueo de capitales. *In* **Política Criminal y Blanqueo de Capitales**. BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho Penal Económico**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BARRETO, Tobias. Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal. *In* **Estudos de direito II**. Rio de Janeiro, Ed. Diário Oficial, 2012.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- BARROS, Marco Antonio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**. v. 957, 2015, p. 203-256.
- BAUMANN, Jürgen. **Casos penales y soluciones**. Parte general. Buenos Aires: Pannedille, 1971.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- _____. Critérios político-criminais da intervenção penal no âmbito econômico: uma lógica equivocada. *In* **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: RT, 2011.
- BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**. n. 41, v. 10, 2011, p. 45-68.
- BITENCOURT, Cesar Roberto; BREDÁ, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal comentado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- BIVAR, Artur. **Dicionário Geral e Analógico da Língua Portuguesa**. t. III. Porto: Edições Ouro, [s.d].
- BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. **Eguzkilore**. nº 23. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 2009.
- _____. **El delito de blanqueo de capitales**. 2ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.
- _____. **Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales**. Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales. Granada: Editorial Comares, 1999.
- BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilância em la empresa. Trad. Ivó Coca Vila. *In Compliance y teoria del Derecho Penal*. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal**. Parte geral. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: DelRey, 2007.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da ingerência**. Tese de Livre Docência apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
- _____. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. **Revista do Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 67, 2015, p. 163-195.
- _____. Da omissão penalmente relevante. *In* BADARÓ, Gustavo Henrique; 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**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. Dos tipos penais. *In* BADARÓ, Gustavo Henrique; 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**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro na APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**. v. 933, 2013. P. 383.
- _____. O crime de lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. Políticas de combate à lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- _____. Programas de *compliance* voltados à prevenção da lavagem de dinheiro. In BADARÓ, Gustavo Henrique; 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**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- BOTTKE, Wilfred. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. In **Revista Penal**. nº 2. Barcelona: La Ley, 1998.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRANDÃO, Nuno. **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BUENO, Francisco da Silveira. **Grande Dicionário Etimológico Prosódico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Saraiva, n. 6, 1966.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Parte General. Madrid: Trotta, 2006.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. 3 ed. Bogotá: Temis, 2005.
- CADENAS CORTINA, Cristina. Problemas de la penalidade en los delitos de receptación y blanqueo de dinero. In **Cuadernos de Política Criminal**. nº 56. Madrid: EDERSA, 1995.

- CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais da lei n° 9.613/98. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- _____. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 44, 2003, p. 198-211.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2002.
- _____. **Tipo penal e linguagem**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CARDOSO, Débora Motta. A lavagem de dinheiro culposa frente aos excessos punitivos. **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; João Daniel Rassi. São Paulo: LiberArs, 2014.
- _____. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015.
- CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de Dinheiro**. Ideologia da criminalização e Análise do discurso. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- _____. Sistema internacional antilavagem de dinheiro. *In* **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Coord. Carla Veríssimo de Carli. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre el tipo básico de lavado de activos. *In* **Anuario de derecho penal económico y de la empresa**. Lima: CEDPE: 2012.
- CARPIO DELGADO, Juana Del. **El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal**. Valencia: Tirant to blanch, 1997.
- CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini; J. R. Prestes Barra. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CASTELLAR, João Carlos. Lavagem de dinheiro. A questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Lei n. 7.492, de 16/6/86. 1ª ed. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CASTRO MORENO, Abraham. Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales. **Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos**. Coord. Francisco Javier Álvarez García, Miguel Angel Cobos Gómez de Linares, Pilar Gómez Pavón, Araceli

- Manjón-Cabeza Olmeda, Amparo Martínez Guerra. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- COBO DEL ROSAL, Manoel. El blanqueo de capitales y suplevención. *In* **Quisicosas de los delitos y de las penas**. Madrid: CESEJ, 2005.
- _____. La recepción de las normas de la Comunidad Europea en la legislación penal contra el blanqueo de capitales. **Cuadernos de Política Criminal**. Segunda Época. nº 85. Madrid: CESEJ, 2005.
- COBO DEL ROSAL, Manoel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. **Blanqueo de capitales**. Abogados, procuradores, y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de La Comunidad Europea). Madrid: CESEJ, 2005.
- COELHO, Inocência Mártires. **Fundamentos do estado de direito**. *In* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **El delito imprudente**. Criterios de imputación del resultado. 2ª ed. Buenos Aires: B de F, 2005.
- COSTA E SILVA, Antonio José. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, São Paulo: Companhia Ed. Nacional, v. I, 1930.
- COSTA JR., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1986.
- COSTA JR., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. **Crimes do colarinho branco**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. *In* **Lavagem de dinheiro**. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- D'AVILA, Baio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo blanch, 1994.
- _____. La presunta inexistencia del elemento volitivo y su imposibilidad de normativización. **Revista Penal**. n. 17, 2006, p. 59-71.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLARELO, Julio. Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales. *In Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- _____. Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español. *In BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (org.). Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Blanqueo de Capitales Procedentes del Trafico de Drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. *Actualidad Penal*. n° 32/5. Madrid: Actualidad, 1994.
- _____. **Los elementos subjetivos del delito**. Bases metodológicas. 2ª ed. Montevideo: Julio César Faira, 2007.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del *compliance officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tónica. *In El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Direc. Luis Arroyo Zapatero; Adán Nieto Martín. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 89. Mar-Abr/2011. p. 131-158.
- _____. El delito de blanqueo de capitales. *In El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. Madrid: Colex, 2003.
- _____. **El delito de blanqueo de capitales**. Madrid: Colex, 1998.
- FARALDO CABANA, Patricia. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el código penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*. n° XXI. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones, 1998.
- _____. La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. n° 20. Lima: IDEMSA, 2008.
- _____. Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1005. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los

- Abogados y Asesores Fiscales. **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo LIX. Madrid: Ministério de Justicia, 2008.
- FARIA, Antonio Bento de. **Anotações Theorico-Praticas ao Codigo Penal do Brazil**. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos. **Indirect**. Barcelona, 2009, p. 1-74.
- _____. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de política criminal**. n. 65, 1998, p. 269-364.
- _____. La teoria de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **Indirect**, n. 3, 2015.
- _____. Mejor no saber...más. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 101-137.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. “Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada. *In* **Nuevas tendências del derecho penal econômico y de la empresa**. REYNA ALFARO, Luis Miguel (coord.). Lima: ARA, 2005.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FIANDACA, Giovanni. Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo. Osservazioni in margine a Corte d’Assise di Tprino, 15 aprile 2011 (dep. 14 novembre 2011), Pres. Iannibelli, Est. Dezani, imp. Espenhahn e altri. **Diritto Penale Contemporaneo**, n. 1, 2012, p. 152-162.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação**. Doutrina e Jurisprudência. Coord. Alberto Silva Franco; Rui Stoco. 8ª ed., São Paulo: RT, 2007.
- _____. Crime doloso e crime culposo. *In* FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). **Código penal e sua interpretação**. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso; Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cèsar Faria, 2004.

- FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. v. IV. Rio de Janeiro: A noite, 1943.
- FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- GARCÍA CAVERO, Percy. **Criminal compliance**. Lima: Palestra, 2014.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Tomo I, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- GIMERNAT ORDEIG, Enrique. El delito de omisión impropia. **Revista de derecho penal y criminología**. N. 4, 1999, p. 525-554.
- _____. Omisión impropia e incremento del riesgo em el Derecho penal de empresa. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 54, n. 1, 2001, p. 5-26.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.. La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 87, Nov-Dez/2010. p. 57-83.
- GÓMEZ INIESTA, Diego J. **El delito de blanqueo de capitales en derecho español**. Barcelona: Cedecs, 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Visão Luso-Brasileira. Coord. José de Faria Costa; Marco Antonio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. IX-XIX.
- _____. Comentario al artículo de Ramon Ragués. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 67-77.
- _____. **Cumplicidade através de ações neutras**. A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Dolo sem vontade. In **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**, em comemoração ao 70º Aniversário. Org. João Lopes Alves [et al.]. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. Princípios Fundamentais e Tipo no Novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal). In **Reforma Penal**. A crítica científica à

- Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alaor Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é na teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *In* **Revista dos Tribunais**. v. 933/2013, jul. 2013, p. 61.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato**. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In* HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. Maria del Mar Díaz Pita. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 43, n. 1, 1990, p. 909-932.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, 2001.
- HRUSCHKA, Joachim. **Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación**. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Azanzadi, 2005.
- _____. Sobre la difícil prueba del dolo. Trad. Ramon Ragués i Vallès. **Imputación y Derecho Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2009.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I, Tomo II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- _____. **Comentários ao Código Penal**. v. VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1967.
- J. CÓRDOBA, Fernando J.. Dolo y evitabilidad individual. **Revista Pensar em Derecho**. v. 1, 2012, p. 213-226.
- _____. **Delito de lavado de dinero**. Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

- JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000.
- _____. **Acción y omisión en derecho penal**. Trad. Luis Carlos Rey Sanfiz; Javier Sanchez-Vera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- _____. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. Indiferencia como dolo indirecto. Trad. Carlos Pérez del Valle. *In Dogmática y ley penal*. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- _____. **La competencia por organización en el delito omissivo**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- _____. La imputación penal de la acción y de la omisión. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 49, n. 3, 1996, p. 835-874.
- _____. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas. Trad. Maria del Mar Diaz Pita. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 45, n. 1, 1992, p. 213-234.
- _____. Sobre la función de la parte subjetiva del delito em Derecho Penal. Trad. Joaquín Cuello Contreras. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 42, n. 2, 1989, p. 663-652.
- _____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá; Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- _____. Teoría y *práxis* de la injerencia. Trad. Manuel Cancio Meliá. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 52, n. 1-3, 1999, p. 17-50.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. Nueva dogmática penal y política criminal em perspectiva comparada. Trad. Angel Sanz Morán. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 39, n. 1, 1986, p. 9-32.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2002.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo V. La Culpabilidad. 4ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.
- JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. **La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción**. Interacciones evolutivas em um Derecho internacional global. Granada: Comares, 2015.
- KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- _____. El dolo eventual en la estructura del delito. Trad. R. F. Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 13, n. 2, 1960, p. 185-206.
- KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz. (eds.) **Compliance y teoria del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LAMPE, Ernst-Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB). *In* **Estudios Penales y Criminológicos**. n.º XX. Santiago de Compostela: Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones, 1997.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión**: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.
- LAUFER, Christian. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**. n. 204, v. 17, 2009. 10-11.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. **Dolo y conocimiento**. Valencia: Tirat lo blanch, 1999.
- LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. *In* **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Coord. Carla Veríssimo de Carli. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- MACEDO, Carlos Márcio Rissi. **Lavagem de Dinheiro**. Curitiba: Juruá, 2008.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A reconstrução do dolo na teoria do delito. **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. v. II, n. 7, out./dez. 2006, p. 11-15.
- _____. A tentativa no dolo eventual. *In* **Direito Penal na Pós-Modernidade**. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello

- Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 171-196.
- MACHADO, Maíra Rocha. **Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. São Pulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Raul. **A Culpa no Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo, 1943.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MANRIQUE, María Laura. ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 70-100.
- _____. Reproche al “Dolo como reproche”. **Revista Pensar em Derecho**. v. 2, 2013, p. 387-412.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, Tomo II, 1965, p. 196.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte General. 4ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2014.
- _____. El blanqueo de bienes en el Código Penal Español. *In Dogmática Penal del Tercer Milenio*. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann. Lima : Ara, 2008.
- _____. El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo. *In Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 323-367.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Instrumentos Jurídicos Frente a la Globalización de los Mercados (En el ejemplo del blanqueo de capitales). *In ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DIAZ-SANTOS, Mª Rosário (coord.). El Derecho Penal Ante la Globalización*. Madrid: COLEX, 2002.
- MARTINS, Luiza Faria. A doutrina da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro: aprofundamento dogmático e implicações práticas. **Revista de Estudos Criminais**. n. 55, Outubro/Dezembro 2014, p. 135-162.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crimes de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

- MILITELLO, Vincenzo. Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías. *In* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina; DIEGO DIAZ-SANTOS, M^a Rosário (coord.). **Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías**. Madrid: COLEX, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. Conocimiento y voluntad en el dolo. **Cuadernos de Derecho Judicial**. n. 33, 1994, p. 9-35.
- _____. **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto y método. 2^a ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., 2003.
- _____. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 41, n. 3, 1988, p. 661-684.
- MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (dir.); HORTAL IBARRA, Juan Carlos; VALIENTE IVAÑEZ, Vicente (corr.). **Responsabilidad de la Empresa y Compliance**. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer S. L., 2014.
- MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. *In* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (org.). **Lavagem de Dinheiro**. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte Especial. 17^a ed. Valencia: Tirant to blanch, 2009.
- NIETO MARTÍN, Adán; MAROTO CALATAYUD, Manuel. **Public Compliance**. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.
- NIETO MARTÍNS, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. *In* **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- NORONHA, Edgard Magalhães Noronha. **Direito Penal**. v. 1. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. **Direito Penal**. v. 2. 21^a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. **Do crime culposo**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **A responsabilidade por omissão dos sujeitos sensíveis à lavagem de dinheiro: o dever de informação**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.
- OLIVEIRA, William Terra de. Dos crimes e das penas. *In* CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: RT, 1998.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. ¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar em Derecho**. v. 2, 2013, p. 357-385.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência indevida**. Os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.
- _____. Lei 12.683/12 – Mais um capítulo na ingerência indevida. **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; João Daniel Rassi. São Paulo: LiberArs, 2014.
- _____. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Dolo como reproche objetivo hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 95, 2012, p. 13- 30.
- _____. Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. **Revista Pensar em Derecho**. v. 1, 2012, p. 169-211.
- _____. **El dolo eventual**. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- _____. Réplicas a Fernando Córdoba e Íñigo Ortiz de Urbina. **Revista Pensar em Derecho**. n. 2, 2013, p. 413-422.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. La política criminal internacional contra la corrupción. *In* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 89. Mar-Abr/2011. p. 13-62.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero. **Cuadernos de derecho judicial**. Encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa Comunitaria. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, 1994.
- PINTO, Edson. **Lavagem de Capitais e Paraísos Fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

- PITOMBO, Antonio Sergio de Moraes. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: RT, 2003.
- PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 6, n. 24, 1998.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. 2 ed. Montevideo: Julio César Faira, 2008.
- PORCIÚNCULA, José Carlos. Lo objetivo y lo subjetivo em el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno. Barcelona: Atelier, 2012.
- PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. *In Revista dos Tribunais*. v. 860/2007. Jun/2007. P. 433-455.
- _____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Tratado de direito penal brasileiro**. Parte geral. Teoria Jurídica do Delito. v. 2. São Paulo: RT, 2014.
- PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. *In Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Org. Carla Veríssimo de Carli. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre Dolo e Culpa**. Trad. Luís Grecco. Barueri: Manole, 2004.
- _____. Dolo eventual e culpa consciente. Trad. Luís Grecco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 58, 2006, p. 114-132.
- _____. Dolo, curso causal, imputação. Trad. Luís Grecco. *In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. v. II. Coimbra: Coimbra, 2009.
- _____. La construcción del delito. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *In El Derecho penal como ciencia*. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Buenos Aires: Euros, 2014, p. 185-206.
- _____. **La distinción entre dolo e imprudencia**. Comentario al § 15 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.
- _____. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. Trad. Ramón Ragués i Vallès. *In El Derecho penal como ciencia*. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Buenos Aires: Euros, 2014, p. 291-316.
- PUPPO, Alberto. Comentario a “Mejor no saber: sobre la doctrina...”, de Ramon Ragués i Vallès. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 39-66.

- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 139-165.
- _____. Caso del cinturón. *In Casos que hicieron doctrina en derecho penal*. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. 2ª ed. Madrid: La Ley, 2011, p. 193/205.
- _____. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 69, 2007, p. 129-142.
- _____. De nuevo, el dolo eventual: um enfoque revolucionario para um tema classico. **InDret**. Barcelona, jul. 2012.
- _____. **El dolo y su prueba em el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.
- _____. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.
- _____. La responsabilidad penal del testaferrero en delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: problemas de imputación subjetiva. *In Anuario de derecho penal económico y de la empresa*. Lima: CEDPE: 2012.
- _____. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 11-37.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do Código Penal. Nova Interpretação**. São Paulo: RT, 1988.
- RIOS, Rodrigo Sanches. A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões. *In Direito Penal Econômico: análise Contemporânea*. VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2009 (Série GV law).
- _____. **Direito Penal Econômico**. Advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Delitos contra el patrimonio (III). *In Lecciones de derecho penal. Parte especial*. Dir. Jesús-María Silva Sánchez; Coord. Ramon Ragués i Vallès. 4ª ed. Barcelona: Atelier, 2015.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Límites de los delitos de comisión por omisión. *In Omisión e imputación objetiva en derecho penal*. Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Calus Roxin con motivo de su investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Complutense de

- Madrid. Edit. Enrique Gimbernat, Bernd Schünemann, Jürgen Wolter. Madrid: Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica. **Ciências Penais**. v. 3, 2005, p. 7-32.
- ROXIN, Claus. ¿Es La Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.
- _____. **Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. 7 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- _____. Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia. Trad. Margarita Martínez Escamilla. In **Estudios penales em homenaje a Enrique Gimernant**. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1543-1558.
- _____. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz; García Colledo; Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 2006.
- _____. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz; García Colledo; Javier de Vicente Remesa. Madrid: Civitas, 2014.
- _____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Teoría del Tipo Penal**. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Elementos subjetivos do tipo: teorías do dolo e da culpa. In **Direito Penal na Pós-Modernidade**. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 39-53.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; COSTA, Helena Regina Lobo da; SARCEDO, Leandro. Lavagem de dinheiro no direito penal brasileiro: reflexões necessárias. **Boletim IBCCRIM**. Ano 21, n. 250, setembro, 2013.

- SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à Lavagem de Dinheiro**. Teoria e Prática. Campinas: Millennium, 2008.
- SANTANA, Selma Pereira. **A Culpa Temerária**. Contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- _____. A Reforma Penal: Crítica da Disciplina legal do Crime. *In* **Reforma Penal**. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alaor Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015.
- SATULA, Benja. **Branqueamento de capitais**. Lisboa: Universidade Católica, 2010.
- SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**. Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHÜNEMANN, Bernd. De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo. Trad. Mariana Sacher; Carlos Suárez González. **Obras**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 417-436.
- _____. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. Trad. Luís Greco; Ana Cláudia Grossi. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 127-141.
- _____. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. Trad. Beatriz Escudero García-Calderón. *In* **Estudios penales em homenaje a Enrique Gimernant**. Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1609-1630.
- _____. **Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia**. Trad. Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- _____. Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. Trad. Beatriz Spínola Tártalo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 55, n. 1, 2002, p. 9-38.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando; DOLZ LAGO, Dr. Manuel-Jesús. **Delitos societários y conductas afines**. La responsabilidade penal y civil de la sociedade, sus sócios y administradores. 3 ed. Madrid: La ley, 2013.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do direito penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 64, 2007, p. 222.
- _____. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 38, 2002, p. 142-153.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa**. Madrid: Edisofer S. L., 2013.
- _____. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In **Compliance y teoría del Derecho Penal**. Eds. Lothar Kuhlen; Juan Pablo Montiel; Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- _____. Teoría del delito y derecho penal económico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 99, 2012, p. 327.
- SILVA, César Antonio da. **Lavagem de dinheiro**. Uma nova perspectiva Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 122, 2016, p. 255-280.
- _____. 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.
- _____. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas. In **Direito Penal na Pós-Modernidade**. Escritos em Homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coord. Renato de Mello Jorge Silveira; Alamiro Velludo Salvador Netto; Luciano Anderson de Souza. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 421-451.
- _____. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, n. 246, 2013, p. 3-4.
- _____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; ORTIZ, Mariana Tranches. A particular imputação penal do agente financeiro nos crimes de lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 54, 2011, p. 231.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. A noção penal dos programas de compliance e as instituições financeiras na ‘nova lei de lavagem’ – lei 12.683/2012. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 57. Jul-Set/2012. p. 267-279.
- _____.; _____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____.; _____. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 56. Abr/2012. p. 293.
- SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1921.
- SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Lições de Direito Criminal**. 2ª ed. Paris, J. P. Aillaud Guillard e C., 1872.
- STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. Parte General, I. Trad. Gladys Romero. Madrid: Editoriales Derechos Reunidas, 1982.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. **Cuadernos de Política Criminal**. nº 58. Madrid: EDERSA, 1996.
- SYDOW, Spencer Toth. **A Teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- TASSI, Sauro. **Il dolo**. Milani: CEDAM, 1992.
- TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 15, 91996, p. 125-157.
- _____. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.
- _____. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 14, n. 0, 1971, p. 107-119.
- _____. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- _____. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: RT, 1980.

- TAVARES, Juarez. Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Geral. *In Reforma Penal*. A crítica científica à Parte Geral do Projeto de Código Penal (PLS 236/2012). Alaor Leite (Org.) São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.
- TIEDEMANN, Klaus. **Manual de derecho penal económico**. Parte general y especial. Trad. Coord. Manuel A. Abanto Vázquez. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. **O erro no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- VALENZUELA S., Jonatan. Introducción: “Mejor no saber sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”. **Discusiones**. n. XIII, 2013, p. 5-8.
- VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo eventual. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 108/2014, p. 15.
- VIANNA, Paulo Domingues. **Direito Criminal**. Segundo as preleções Professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Briguet e Cia Ed., 1936.
- VIDALES RODRIGUEZ, Caty. **Los delitos de receptación y legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 47, 2004, p. 11-30.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del sistema penal**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.
- _____. Reexamen del dolo. *In Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. Estudios penales em memoria de la Professora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p.369-388.
- VOLK, Klaus. **Introduzione al diritto penale tedesco**. Parte generale. Padova: Cedam, 1993.
- VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & C., 1899.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Parte General. Trad. Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- _____. **El nuevo sistema del derecho penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires: Euros Editores, 2004.

- WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. 2. Tomo I, Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Análisis substantivo del delito (II): cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria, la comisión culposa, nuevas orientaciones en derecho comparado. *In* **Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- _____. El blanqueo de capitales y la receptación. *In* **Delitos y Cuestiones Penales em el Ámbito Empresarial**. Madrid: Expansión/Garrigues e Andersen, 1999.
- _____. La respuesta economica al tráfico ilegal de drogas: el delito de blanqueo, el comiso y la intervension de la carga de la prueba. *In* **Estúdios del Ministerio Fiscal**. Curso de formacion. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaria General Tecnica, 1995.
- ZIELINSKI, Diethart. **Dolo e imprudencia**. Comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán. Trad. Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hamurabi, 2003. Orig. 1990.