

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar

70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185

Home page: <www.escola.mpu.mp.br>

E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

Copyright 2018. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

NELSON DE SOUSA LIMA

Assessoria Técnica – Chefia

LIZANDRA NUNES MARINHO DA COSTA BARBOSA

Assessoria Técnica – Revisão

CAROLINA SOARES DOS SANTOS

Assessoria Técnica – Programação Visual

ROSSELE SILVEIRA CURADO

Preparação dos Originais e Revisão de Provas

SANDRA MARIA TELLES, CAROLINA SOARES DOS SANTOS, LETÍCIA DE OLIVEIRA SANTIAGO,
JOÃO GUSTAVO BORGES MARQUES

Capa e Projeto Gráfico

FERNANDA SOARES OLIVEIRA E ROSSELE SILVEIRA CURADO

Diagramação

NATALI ANDREA GOMEZ VALENZUELA

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268

70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 2.500 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União)

I58 Inovações no direito penal econômico: prevenção e repressão da criminalidade
 empresarial / organizadores Artur de Brito Gueiros Souza, Juliana de Azevedo
 Santa Rosa Câmara. -- Brasília : ESMPU, 2018.
 296 p.

ISBN 978-85-9527-031-2

ISBN (eletrônico) 978-85-9527-032-9

1. Direito penal econômico - Brasil. 2. Empresa - responsabilidade penal - Brasil.
3. Lavagem de dinheiro - Brasil. 4. Crime contra o mercado de capitais - Brasil.
5. Acordo de leniência - Brasil. 6. Corrupção. I. Souza, Artur de Brito Gueiros (Org.).
II. Câmara, Juliana de Azevedo Santa Rosa (Org.). III. Título.

CDD 341.554

O DOLO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

HUMBERTO SOUZA SANTOS

1 Introdução

Se há algo sobre a lavagem de dinheiro que é consenso por quase o mundo inteiro é o entendimento de que se trata de um dos comportamentos de tipicidade penal mais complexa e polêmica, tanto em relação à sua estrutura dogmática quanto à sua verificação probatória pela prática forense. Isso se deve em grande parte à própria natureza de seu mecanismo delitivo, que exige a realização de uma conduta em razão da prática anterior de outras condutas autonomamente consideradas crimes, com o fim de promover uma aparente falta de vínculo ou distância de ativos originados justamente da prática desse(s) delito(s) prévio(s), para que possam ser gozados como se lícitos fossem (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 21). A própria denominação do crime, disseminada internacionalmente, é uma metáfora desse mecanismo peculiar e sofisticado, que expressa um cenário de lavagem ou limpeza de um dinheiro previamente considerado sujo (SILVA, 2001, p. 33), como, por exemplo, a expressão de língua inglesa *money laundering*, de língua francesa *blanchiment d'argent*, de língua espanhola *blanqueo de capitales* ou *lavado de dinero*, de língua alemã *Geldwaschen* ou *Geldwäscherei*, de língua italiana *riciclaggio di denaro sporco* e de língua portuguesa *branqueamento de dinheiro*, *lavagem de dinheiro* ou *lavagem de capitais* (BALTAZAR JUNIOR, 2007, p. 773). Tais termos se adéquam à própria origem criminológica de seu reproche, que remete às máfias dos Estados Unidos da década de 1920, as quais utilizavam lavanderias para ocul-

tar o ingresso de valores decorrentes de seus empreendimentos delituosos (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 29).

No Brasil, a própria Lei n. 9.613/1998 adotou, ainda em sua primeira versão antes da reforma produzida pela Lei n. 12.683/2012, a descrição típica de "ocultação ou dissimulação de bens, direito ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade" (BARROS, 1998, p. 5). Foi estabelecida, assim, uma abrangência de toda espécie de ativos e uma ampliação de sua incidência para além do que a denominação do delito poderia sugerir (PITOMBO, 2003, p. 35). Também não se chegou a um acordo sobre qual bem jurídico o delito de lavagem de dinheiro efetivamente protege. O entendimento predominante considera a ordem econômica ou socioeconômica (PITOMBO, 2003, p. 77), a partir do argumento de que a injeção dos ativos ilícitos no sistema financeiro formal põe em perigo o sistema econômico-financeiro nacional e pode ocasionar graves consequências, como, por exemplo, o comprometimento do fluxo normal 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 (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). Trata-se, portanto, da proteção de interesses relativos a uma normal ordem econômico-financeira (CALLEGARI, 2008, p. 82). Um segundo entendimento sustenta que o bem jurídico é o mesmo do crime antecedente, violado uma vez mais ou lesado de maneira mais intensa (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774) e que pode ser utilizado de novo para a prática de delitos (WELTER, 2011, p. 152). Também há a posição de que é a *administração da justiça*, uma vez que a conduta não apenas dificulta a identificação da origem ilícita dos ativos, mas sua recuperação e a efetiva punição dos seus autores, o que prejudica o funcionamento da justiça (MAIA, 2007, p. 57). Existem também aqueles que defendem que o delito é *pluriofensivo*, por atingir diferentes bens jurídicos, ou seja, a ordem econômica, a administração da justiça e o próprio bem jurídico protegido pelo crime antecedente (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774). E, por fim, há a posição de que inexistente bem jurídico e a legislação adota conceitos vagos que impossibilitam o esclarecimento do que realmente busca proteger (MARTINELLI, 2011, p. 101-102).

Apenas a discussão sobre qual seria o bem jurídico protegido já demonstra as imensas dificuldades que o delito oferece. O presente artigo, contudo, limitar-se-á a examinar somente uma de suas muitas questões espinhosas: a forma em que seu tipo subjetivo pode se manifestar, notadamente o dolo. Para tanto, antes de se chegar ao aspecto subjetivo propriamente dito, será realizada uma análise sobre seu plano objetivo, com o fim de delimitar os dados e as características objetivas sobre os quais os elementos subjetivos devem incidir, o que será feito a seguir, sem a pretensão de se aprofundar em seus problemas mais específicos para que não sejam extrapolados os limites deste estudo.

2 O plano objetivo da lavagem de dinheiro

2.1 Os elementos típicos objetivos no Direito Penal brasileiro

O tipo previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, mantido pela Lei n. 12.683/2012, prevê as condutas de *ocultar* ou *dissimular* “a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”. *Ocultar* significa esconder, tornar alguma coisa inacessível, impossibilitar que seja conhecida sua situação jurídica e promover a ignorância sobre as características essenciais dos ativos, ao passo que *dissimular* tem o sentido de encobrir com astúcia, disfarçar com a finalidade de que seja garantida sua ocultação, ou seja, é uma ocultação adjetivada, concretizada por meio do emprego do engano, do disfarce, de uma técnica que permite esconder com astúcia os ativos decorrentes dos delitos antecedentes (CALLEGARI, 2003, p. 120).

Até a entrada em vigor das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012, o texto original da Lei n. 9.613/1998 previa um rol de crimes antecedentes que limitava as hipóteses de lavagem de dinheiro puníveis. Isso ocorria em relação à origem do capital ilícito, que precisava, necessariamente, ser decorrente dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública, inclusive o exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; cometido por organização criminosa; ou por particular contra a administração pública estrangeira. Esse rol exaustivo, contudo, foi suprimido pela Lei n. 12.683/2012, que estendeu o âmbito de censura penal da lavagem de dinheiro para capitais ilícitos derivados de qualquer infração, inclusive as contravenções e as denominadas infrações de menor potencial ofensivo. Assim, se, por um lado, a reforma distanciou-se do critério sugerido pela Convenção de Palermo, segundo o qual os fatos puníveis antecedentes precisam ter alguma gravidade, especialmente o parâmetro de pena máxima não inferior a quatro anos (ESTELLITA; BOTTINI, 2012, p. 2), por outro, aproximou-se das deliberações da Convenção de Estrasburgo, sobretudo na versão de maio de 2005, e da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, da Organização das Nações Unidas, de 2000, que exigiram dos países delas integrantes a extensão da punibilidade de atos de lavagem ao maior número possível de crimes (RIOS, 2012, p. 3-4).

O texto dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, alterado pela Lei n. 12.683/2012 com a supressão do rol de crimes antecedentes, torna determinadas operações equivalentes à ocultação ou dissimulação dos ativos

tar o ingresso de valores decorrentes de seus empreendimentos delituosos (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 29).

No Brasil, a própria Lei n. 9.613/1998 adotou, ainda em sua primeira versão antes da reforma produzida pela Lei n. 12.683/2012, a descrição típica de "ocultação ou dissimulação de bens, direito ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade" (BARROS, 1998, p. 5). Foi estabelecida, assim, uma abrangência de toda espécie de ativos e uma ampliação de sua incidência para além do que a denominação do delito poderia sugerir (PITOMBO, 2003, p. 35). Também não se chegou a um acordo sobre qual bem jurídico o delito de lavagem de dinheiro efetivamente protege. O entendimento predominante considera a ordem econômica ou socioeconômica (PITOMBO, 2003, p. 77), a partir do argumento de que a injeção dos ativos ilícitos no sistema financeiro formal põe em perigo o sistema econômico-financeiro nacional e pode ocasionar graves consequências, como, por exemplo, o comprometimento do fluxo normal 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 (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). Trata-se, portanto, da proteção de interesses relativos a uma normal ordem econômico-financeira (CALLEGARI, 2008, p. 82). Um segundo entendimento sustenta que o bem jurídico é o mesmo do crime antecedente, violado uma vez mais ou lesado de maneira mais intensa (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774) e que pode ser utilizado de novo para a prática de delitos (WELTER, 2011, p. 152). Também há a posição de que é a *administração da justiça*, uma vez que a conduta não apenas dificulta a identificação da origem ilícita dos ativos, mas sua recuperação e a efetiva punição dos seus autores, o que prejudica o funcionamento da justiça (MAIA, 2007, p. 57). Existem também aqueles que defendem que o delito é *pluriofensivo*, por atingir diferentes bens jurídicos, ou seja, a ordem econômica, a administração da justiça e o próprio bem jurídico protegido pelo crime antecedente (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774). E, por fim, há a posição de que inexistente bem jurídico e a legislação adota conceitos vagos que impossibilitam o esclarecimento do que realmente busca proteger (MARTINELLI, 2011, p. 101-102).

Apenas a discussão sobre qual seria o bem jurídico protegido já demonstra as imensas dificuldades que o delito oferece. O presente artigo, contudo, limitar-se-á a examinar somente uma de suas muitas questões espinhosas: a forma em que seu tipo subjetivo pode se manifestar, notadamente o dolo. Para tanto, antes de se chegar ao aspecto subjetivo propriamente dito, será realizada uma análise sobre seu plano objetivo, com o fim de delimitar os dados e as características objetivas sobre os quais os elementos subjetivos devem incidir, o que será feito a seguir, sem a pretensão de se aprofundar em seus problemas mais específicos para que não sejam extrapolados os limites deste estudo.

2 O plano objetivo da lavagem de dinheiro

2.1 Os elementos típicos objetivos no Direito Penal brasileiro

O tipo previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, mantido pela Lei n. 12.683/2012, prevê as condutas de *ocultar* ou *dissimular* “a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”. *Ocultar* significa esconder, tornar alguma coisa inacessível, impossibilitar que seja conhecida sua situação jurídica e promover a ignorância sobre as características essenciais dos ativos, ao passo que *dissimular* tem o sentido de encobrir com astúcia, disfarçar com a finalidade de que seja garantida sua ocultação, ou seja, é uma ocultação adjetivada, concretizada por meio do emprego do engano, do disfarce, de uma técnica que permite esconder com astúcia os ativos decorrentes dos delitos antecedentes (CALLEGARI, 2003, p. 120).

Até a entrada em vigor das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012, o texto original da Lei n. 9.613/1998 previa um rol de crimes antecedentes que limitava as hipóteses de lavagem de dinheiro puníveis. Isso ocorria em relação à origem do capital ilícito, que precisava, necessariamente, ser decorrente dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública, inclusive o exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; cometido por organização criminosa; ou por particular contra a administração pública estrangeira. Esse rol exaustivo, contudo, foi suprimido pela Lei n. 12.683/2012, que estendeu o âmbito de censura penal da lavagem de dinheiro para capitais ilícitos derivados de qualquer infração, inclusive as contravenções e as denominadas infrações de menor potencial ofensivo. Assim, se, por um lado, a reforma distanciou-se do critério sugerido pela Convenção de Palermo, segundo o qual os fatos puníveis antecedentes precisam ter alguma gravidade, especialmente o parâmetro de pena máxima não inferior a quatro anos (ESTELLITA; BOTTINI, 2012, p. 2), por outro, aproximou-se das deliberações da Convenção de Estrasburgo, sobretudo na versão de maio de 2005, e da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, da Organização das Nações Unidas, de 2000, que exigiram dos países delas integrantes a extensão da punibilidade de atos de lavagem ao maior número possível de crimes (RIOS, 2012, p. 3-4).

O texto dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, alterado pela Lei n. 12.683/2012 com a supressão do rol de crimes antecedentes, torna determinadas operações equivalentes à ocultação ou dissimulação dos ativos

tar o ingresso de valores decorrentes de seus empreendimentos delituosos (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 29).

No Brasil, a própria Lei n. 9.613/1998 adotou, ainda em sua primeira versão antes da reforma produzida pela Lei n. 12.683/2012, a descrição típica de "ocultação ou dissimulação de bens, direito ou valores que sejam oriundos de determinados crimes de especial gravidade" (BARROS, 1998, p. 5). Foi estabelecida, assim, uma abrangência de toda espécie de ativos e uma ampliação de sua incidência para além do que a denominação do delito poderia sugerir (PITOMBO, 2003, p. 35). Também não se chegou a um acordo sobre qual bem jurídico o delito de lavagem de dinheiro efetivamente protege. O entendimento predominante considera a ordem econômica ou socioeconômica (PITOMBO, 2003, p. 77), a partir do argumento de que a injeção dos ativos ilícitos no sistema financeiro formal põe em perigo o sistema econômico-financeiro nacional e pode ocasionar graves consequências, como, por exemplo, o comprometimento do fluxo normal 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 (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 321). Trata-se, portanto, da proteção de interesses relativos a uma normal ordem econômico-financeira (CALLEGARI, 2008, p. 82). Um segundo entendimento sustenta que o bem jurídico é o mesmo do crime antecedente, violado uma vez mais ou lesado de maneira mais intensa (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774) e que pode ser utilizado de novo para a prática de delitos (WELTER, 2011, p. 152). Também há a posição de que é a *administração da justiça*, uma vez que a conduta não apenas dificulta a identificação da origem ilícita dos ativos, mas sua recuperação e a efetiva punição dos seus autores, o que prejudica o funcionamento da justiça (MAIA, 2007, p. 57). Existem também aqueles que defendem que o delito é *pluriofensivo*, por atingir diferentes bens jurídicos, ou seja, a ordem econômica, a administração da justiça e o próprio bem jurídico protegido pelo crime antecedente (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 774). E, por fim, há a posição de que inexistente bem jurídico e a legislação adota conceitos vagos que impossibilitam o esclarecimento do que realmente busca proteger (MARTINELLI, 2011, p. 101-102).

Apenas a discussão sobre qual seria o bem jurídico protegido já demonstra as imensas dificuldades que o delito oferece. O presente artigo, contudo, limitar-se-á a examinar somente uma de suas muitas questões espinhosas: a forma em que seu tipo subjetivo pode se manifestar, notadamente o dolo. Para tanto, antes de se chegar ao aspecto subjetivo propriamente dito, será realizada uma análise sobre seu plano objetivo, com o fim de delimitar os dados e as características objetivas sobre os quais os elementos subjetivos devem incidir, o que será feito a seguir, sem a pretensão de se aprofundar em seus problemas mais específicos para que não sejam extrapolados os limites deste estudo.

2 O plano objetivo da lavagem de dinheiro

2.1 Os elementos típicos objetivos no Direito Penal brasileiro

O tipo previsto no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, mantido pela Lei n. 12.683/2012, prevê as condutas de *ocultar* ou *dissimular* “a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente”. *Ocultar* significa esconder, tornar alguma coisa inacessível, impossibilitar que seja conhecida sua situação jurídica e promover a ignorância sobre as características essenciais dos ativos, ao passo que *dissimular* tem o sentido de encobrir com astúcia, disfarçar com a finalidade de que seja garantida sua ocultação, ou seja, é uma ocultação adjetivada, concretizada por meio do emprego do engano, do disfarce, de uma técnica que permite esconder com astúcia os ativos decorrentes dos delitos antecedentes (CALLEGARI, 2003, p. 120).

Até a entrada em vigor das modificações introduzidas pela Lei n. 12.683/2012, o texto original da Lei n. 9.613/1998 previa um rol de crimes antecedentes que limitava as hipóteses de lavagem de dinheiro puníveis. Isso ocorria em relação à origem do capital ilícito, que precisava, necessariamente, ser decorrente dos crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública, inclusive o exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; cometido por organização criminosa; ou por particular contra a administração pública estrangeira. Esse rol exaustivo, contudo, foi suprimido pela Lei n. 12.683/2012, que estendeu o âmbito de censura penal da lavagem de dinheiro para capitais ilícitos derivados de qualquer infração, inclusive as contravenções e as denominadas infrações de menor potencial ofensivo. Assim, se, por um lado, a reforma distanciou-se do critério sugerido pela Convenção de Palermo, segundo o qual os fatos puníveis antecedentes precisam ter alguma gravidade, especialmente o parâmetro de pena máxima não inferior a quatro anos (ESTELLITA; BOTTINI, 2012, p. 2), por outro, aproximou-se das deliberações da Convenção de Estrasburgo, sobretudo na versão de maio de 2005, e da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, da Organização das Nações Unidas, de 2000, que exigiram dos países delas integrantes a extensão da punibilidade de atos de lavagem ao maior número possível de crimes (RIOS, 2012, p. 3-4).

O texto dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, alterado pela Lei n. 12.683/2012 com a supressão do rol de crimes antecedentes, torna determinadas operações equivalentes à ocultação ou dissimulação dos ativos

ilícitos. Isso sem exigir do sujeito participação nas infrações penais anteriores, o que estabelece uma responsabilidade penal autônoma pela lavagem de dinheiro. O inciso I do § 1º pune a conversão dos ativos ilícitos em lícitos, por meio de uma espécie de “reciclagem” do produto do fato punível antecedente, para que esse ativo, cuja origem ilícita fora ocultada ou dissimulada, circule na economia formal. O inciso II do § 1º, por sua vez, tipifica uma conduta de “receptação específica” (CALLEGARI, 2003, p. 123) dos ativos derivados da infração penal antecedente. O sujeito é punido se realiza a conduta em seu próprio benefício, algo semelhante à receptação propriamente dita, e, também, se presta auxílio a terceiros para que sejam assegurados os benefícios materiais do fato punível antecedente ou dificultada uma persecução penal, o que se assemelha à prática de favorecimento real (SILVA, 2001, p. 122-123). O inciso III do § 1º pune a importação ou exportação de bens cujos valores não correspondam aos reais, com o objetivo de ocultar ou dissimular o emprego desses bens (CALLEGARI, 2003, p. 124). O § 2º, por seu turno, dispõe sobre condutas em fases mais avançadas do processo de lavagem de dinheiro, referidas ao gozo do capital ilícito obtido pelo fato punível prévio (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 336). Assim, enquanto o inciso I pune quem utiliza os ativos ilícitos na atividade econômica ou financeira, o inciso II responsabiliza penalmente quem conscientemente participa de um grupo, associação ou escritório dedicado à lavagem de dinheiro, o que implica verificar se a conduta individual efetivamente exerceu influência sobre a atividade de lavagem de dinheiro. Em caso negativo, não haverá atribuição de responsabilidade criminal (CERVINI; OLIVEIRA; GOMES, 1998, p. 338). Para não deixar dúvida, o legislador previu, no § 3º, que a prática de lavagem de dinheiro, por meio de qualquer uma das condutas previstas, pode ser punida por tentativa.

2.2 As fases ou métodos da lavagem de dinheiro

Compreendidas as características objetivas dos tipos penais que incriminam a lavagem de dinheiro no Direito brasileiro, ainda é necessário, antes de iniciar o exame do aspecto subjetivo, analisar as fases ou métodos da prática delituosa. Isso porque uma imputação subjetiva somente será viável à medida que verificada a incidência dos elementos subjetivos em cada uma de suas etapas, as quais, por sua vez, demonstram que o delito de lavagem de dinheiro possui uma complexidade distinta da imensa maioria dos fatos puníveis. A prática de lavagem de dinheiro pode ser observada em três diferentes fases. Uma primeira fase de ocultação ou colocação, denominada *placement*. Uma segunda fase de dissimulação, chamada *layering*. E uma terceira fase de integração, a *integration* ou *recycling*. Para que o crime seja consumado, não é preciso que se realizem todas as três etapas (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 775), as quais podem existir de maneira independente, simultânea ou superposta (DE CARLI, 2008, p. 118).

A etapa da ocultação ou colocação, *placement*, é aquela em que se realiza a separação física entre o capital derivado do fato punível e o sujeito que o praticou. Nela, a principal finalidade é ocultar a origem dos ativos, de modo a evitar sua descoberta, e também lhe dar proteção para que não seja, por sua vez, objeto de algum tipo de furto ou roubo (CALLEGARI, 2008, p. 45-46). A etapa da dissimulação, *layering*, busca a inserção do capital no mercado formal, por meio de múltiplas e complexas transações que envolvem movimentações e transformações, como, por exemplo, transferências eletrônicas entre diversas contas e empresas, no país ou no exterior; conversão em ativos financeiros; compra de bens com posterior troca ou venda (DE CARLI, 2008, p. 118). É uma etapa de lavagem propriamente dita, com o fim de tornar difícil a descoberta dos bens e de seu vínculo com a infração penal anteriormente praticada (BALTAZAR JUNIOR, 2011, p. 773). A etapa de integração, *integration* ou *recycling*, consiste na inserção na economia formal dos ativos que passaram pelo processo de lavagem, de modo a lhes dar aparência de legalidade, por meio, por exemplo, de investimentos regulares derivados de negócios cotidianos, como de atividades comerciais (CALLEGARI, 2008, p. 55-56); investimento em setores produtivos, de serviços ou de capitais (PINTO, 2007, p. 107); compra e venda de imóveis; concessão de empréstimos simulados por meio de sociedades interpostas situadas em paraísos fiscais; aproveitamento de atividades de casas de jogos; emprego de faturas de importação e exportação falsas (CALLEGARI, 2008, p. 56-64). Há, ainda, quem vislumbre uma quarta etapa, denominada de reciclagem, *recycling stage*, durante a qual se busca eliminar os rastros deixados pelas operações de lavagem, como, por exemplo, o encerramento de contas bancárias com o fim de impedir que o mecanismo ilícito possa ser descoberto pelas autoridades (DE SANCTIS, 2008, p. 16).

Esses são, portanto, os principais aspectos do plano objetivo do delito de lavagem de dinheiro. A partir deles deve ser delineado o âmbito de seu campo subjetivo, cujos elementos e fundamentos, que constituem efetivamente o objeto deste estudo, serão analisados a seguir.

3 O dolo de lavagem de dinheiro no Direito Penal brasileiro

3.1 O dolo segundo a teoria volitiva tradicional

As teorias que buscam explicar o dolo podem ser enquadradas em dois grandes grupos: o grupo das teorias volitivas e o grupo das teorias cognitivas (MARTINELLI; DE BEM, 2017, p. 446). As teorias volitivas definem o dolo, basicamente, como a vontade consciente do autor de realizar as circunstâncias descritas no tipo penal. Trata-se de um conceito constituído por um componente intelectual e um componente volitivo. O elemento intelectual do dolo se identifica com o conhecimento atual das circunstâncias do tipo objetivo, caracteri-

zado por uma representação real da conduta, isto é, uma representação que esteja além de uma consciência potencial e abaixo de uma consciência verbalizada, e alcance as circunstâncias do tipo presentes, como, por exemplo, vítima, coisa, documento, e futuras, como o curso causal e o resultado. O elemento volitivo do dolo, por sua vez, exprime-se num *querer realizar* a conduta descrita no tipo objetivo. Essa vontade pode ser concebida materialmente como a projeção da energia psíquica lesiva de bens jurídicos tutelados e se caracteriza como uma decisão de ação já definida, isto é, incondicionada e capaz de influenciar o acontecimento real, que faça o resultado típico ser reconhecido não como simples esperança ou desejo do autor, mas sua verdadeira obra (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 134-135).

As teorias volitivas dividem o conceito de dolo em diferentes espécies. A lei brasileira, no art. 18, inciso I, do Código Penal, reconhece somente duas definições: quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Contudo, são três as modalidades identificadas pela teoria volitiva: o dolo direto de 1º grau, o dolo direto de 2º grau e o dolo eventual. O dolo direto de 1º grau, orientado pelo sentido cotidiano de intenção, tem por objeto o fim a que o autor se propõe e os meios que escolhe para realizá-lo. O dolo direto de 2º grau compreende os efeitos colaterais representados pelo autor como necessários à realização do objetivo que pretende alcançar (GUEIROS SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 230-231). O dolo eventual, por sua vez, refere-se a um dado anímico do autor sobre a possibilidade consciente de um resultado. A definição de qual seria esse elemento anímico é motivo de divergência entre correntes internas da teoria volitiva, o que leva ao equívoco de se considerar a teoria da anuência, consentimento ou assunção de risco como um terceiro raciocínio autônomo ao lado das teorias volitivas e cognitivas. Mas a teoria da anuência integra a teoria volitiva e se apresenta como um pensamento, restrito ao dolo eventual, que busca na assunção de risco o elemento interno do autor que fundamenta o reproche doloso da conduta por ele praticada (GRECO, 2004, p. XV).

3.1.1 O dolo direto

A adoção de uma teoria volitiva implica necessariamente que o dolo direto do crime de lavagem de dinheiro somente pode ser visualizado a partir da presença de elementos de natureza cognitiva e volitiva. No plano cognitivo, é preciso que a consciência do sujeito abranja os elementos objetivos constantes na Lei n. 9.613/1998, alterada pela Lei n. 12.683/2012, que constituem as modalidades de condutas puníveis. Isso significa compreender todos os elementos descritivos e normativos, inclusive o fato de que o ativo decorre de infração penal anteriormente praticada, o que não quer dizer exigir que o autor do delito de lavagem de dinheiro tenha conhecimento técnico-jurídico sobre em qual tipo penal específico o fato antecedente está subsumido (LEITE PRADO, 2011, p. 225). Assim se considera porque, em geral, somente os sujeitos que praticaram

o fato punível antecedente têm à disposição dados detalhados a respeito dele, ao passo que quem procede ao mecanismo de branqueamento de ativos não precisa e possivelmente nem deseja receber informações sobre a origem do capital que é submetido às suas operações. Nesse ponto, a análise deve considerar se a consciência quanto à origem do ativo ilícito num fato punível se localiza, ao menos no que se denomina representação paralela, na esfera do leigo, segundo a qual é suficiente que o sujeito saiba de dados que permitam uma fácil constatação pelo leigo da ocorrência de uma infração penal antecedente, independente de detalhes como circunstâncias de tempo, local, modo de execução, culpabilidade ou punibilidade de quem praticou o fato (LEITE PRADO, 2011, p. 225). Apesar disso, não é suficiente para a imputação típica subjetiva-cognitiva que o conhecimento da origem ilícita dos ativos surja somente após a prática da conduta, o chamado *dolo subsequente*. É necessário que já exista ou que, ao menos, tenha surgido durante o curso do mecanismo *inter criminis*, o que pode ser chamado de *dolo superveniente* (LEITE PRADO, 2011, p. 226).

No plano volitivo, por sua vez, é imprescindível que se verifique de que maneira a vontade do autor orienta a realização dos elementos objetivos descritos no tipo como condutas puníveis. Se a vontade estiver manifestada na forma de uma intenção de concretizar os elementos objetivos do tipo, estará configurado o *dolo direto* de primeiro grau. Mas se a realização do tipo objetivo tiver ocorrido como uma consequência necessária da conduta, a modalidade de *dolo direto* manifestada será a de *dolo direto* de segundo grau, que pode ocorrer, por exemplo, na hipótese em que um *doleiro*, com o fim apenas de receber sua comissão sobre um negócio, remete ativos originados de narcotráfico a contas no exterior e reúne capital em conta mantida por seu cliente em paraíso fiscal. Nesse caso, ainda que sua exclusiva intenção tenha sido não perder seus honorários, atua com o *dolo* de ocultar a localização dos ativos, pois essa é a consequência necessária de seu comportamento (LEITE PRADO, 2011, p. 226-227).

Sob a perspectiva de uma teoria volitiva, assim, o delito de lavagem de dinheiro se configura quando a pessoa sabe e quer praticar uma conduta que preencha um dos comportamentos considerados puníveis pelos tipos penais objetivos constantes na Lei de Lavagem de Dinheiro (CANAS, 2004, p. 164). Mas não há consenso sobre se o tipo subjetivo da lavagem de dinheiro limita-se a compreender apenas resultados lesivos gerados intencionalmente ou como consequência necessária da conduta. É o que se passa a examinar a seguir.

3.1.2 Dolo eventual e cegueira deliberada?

O *dolo eventual* pode ser definido basicamente como um dado anímico da esfera de consciência do autor em relação à possibilidade do resultado que se torna o ponto de reproche na ausência da intenção do autor (SOUZA

SANTOS, 2012, p. 89). A identidade desse elemento anímico *chave* é algo debatido por várias teorias. Aquelas com mais repercussão na doutrina e na jurisprudência são a teoria da assunção aprovadora do risco, do consentimento ou da anuência e a teoria do risco levado a sério ou decisão pela lesão de bens jurídicos. Segundo a teoria da assunção aprovadora do risco, a ocorrência do dolo eventual está condicionada ao consentimento do autor em relação a um resultado representado como possível, de modo que se deve excluir a atribuição quando este confiar na não ocorrência do resultado, apesar de tê-lo representado como possível (MAURACH, 1962, p. 314). De acordo com a teoria do risco levado a sério, por seu turno, é preciso analisar se o autor levou a sério a possibilidade de ocorrência do resultado da qual era consciente ou se a ignorou, pois o dolo se configura quando o autor inclui em seus cálculos a realização de um tipo reconhecida como possível, sem que essa realização seja capaz de dissuadi-lo de praticar a conduta, de modo a se demonstrar que, ao assim agir, o autor se decide, conscientemente, mesmo que apenas para o caso eventual, contra o bem jurídico protegido. De acordo com esse raciocínio, o dolo está ausente quando o autor sente confiança de que a realização do possível resultado não acontecerá, pois, quando considera seriamente a possibilidade de ocorrência do resultado, vê-se obrigado a decidir se compensa praticar a ação e pagar um alto preço (ROXIN, 2006, p. 446).

Fixados ao menos esses dois conceitos mais relevantes, é preciso verificar se são compatíveis com a estrutura típica da lavagem de dinheiro prevista no Direito brasileiro. E a resposta, sob essa perspectiva de dolo eventual fundado em elemento anímico, é negativa. A legislação brasileira exigiu, para a configuração do delito de lavagem de dinheiro, um especial elemento subjetivo: que o autor tenha consciência de que sua conduta está dirigida à prática da lavagem de dinheiro, com forma e finalidade específicas (CALLEGARI, 2003, p. 164-165). Por isso, para que se possa falar em lavagem de dinheiro, de acordo com o previsto na legislação brasileira, é necessária a ocorrência de uma particular direção de finalidade cuja realização se manifesta como elemento subjetivo diverso do dolo. A exigência de que esse elemento subjetivo distinto do dolo esteja presente é, dentro de uma teoria volitiva, incompatível com o ato de assumir o risco, pois é excludente de uma situação de mero consentimento com uma possibilidade representada de resultado. Na verdade, ele implica necessariamente o direcionamento para esse resultado. Tal exigência também é, no âmbito de uma teoria volitiva, incompatível com um juízo sobre confiar ou não seriamente na não ocorrência do resultado ou sobre levá-lo ou não a sério, já que o direcionamento exigido do elemento subjetivo distinto do dolo apenas se compatibiliza, dentro do raciocínio da teoria volitiva, com uma preexistência de intenção e, portanto, de dolo direto.

Dentro do debate sobre a possibilidade de dolo eventual de lavagem de dinheiro na tipificação brasileira, existe a discussão sobre se é possível o em-

prego da denominada teoria da cegueira deliberada, *willful blindness*, também denominada teoria da evitação da consciência, *conscious avoidance*, ou das instruções do avestruz, *ostrich instructions*. Essa teoria foi elaborada no século XIX pela jurisprudência inglesa e sustenta que quando há a suspeita de que o sujeito pode praticar uma conduta considerada criminoso e este prefere não aprofundar seu conhecimento sobre a possível realização de crime no caso concreto, atua com um grau de indiferença tão intenso quanto quem age com dolo, e merece, por isso, semelhante reprovação (LEITE PRADO, 2011, p. 237). A defesa de sua aplicação parte do fato de que seria compatível com as condutas previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro, pois a atuação de quem se dedica com hábito à lavagem de dinheiro é autônoma, fundada num verdadeiro comportamento profissional que se mantém indiferente à origem ou à natureza dos ativos envolvidos. Isso porque se, por um lado, o profissional da lavagem pode considerar indesejável o pleno conhecimento da origem do capital, inclusive por prejudicar possível alegação de desconhecimento em eventual processo, por outro, para o cliente também não é interessante o compartilhamento de tais informações, já que quanto menor o número de pessoas cientes da origem ilícita, melhor (MORO, 2007, p. 101). Há, também, uma posição intermediária, segundo a qual a cegueira deliberada somente pode ser equiparada ao dolo eventual caso o agente crie *consciente e voluntariamente* obstáculos com o fim específico de evitar que tenha consciência de possíveis fatos ilícitos. Segundo esse raciocínio, não é possível dispensar que o autor tenha ao menos plena representação de que ele próprio cria barreiras à sua própria consciência sobre a origem dos ativos e que isso facilita a prática de infrações penais sobre as quais ele não quer ter ciência. Assim, quando ele não souber que tais filtros evitam a sua consciência da prática de infrações penais, não se poderá falar em dolo eventual fundado na cegueira deliberada, nem quando a suspeita do sujeito não esteja alicerçada em elementos objetivos e não signifique uma dúvida razoável sobre a proveniência lícita do capital (BADARÓ; BOTTINI, 2012, p. 98-99).

A denominada teoria das *instruções do avestruz* apresenta, na verdade, raciocínio semelhante à teoria da indiferença desenvolvida por Engisch no âmbito do direito penal alemão na primeira metade do século XX. Segundo Engisch, o dolo eventual não é afirmado por meio de uma relação psíquica positiva entre o autor e a realização típica, como, por exemplo, assunção, aprovação ou consentimento de risco, mas de acordo com sua mera não oposição interna em relação ao resultado (ENGISCH, 1930, p. 188-190), ou seja, quando o resultado se apresenta como possível ou simplesmente provável e o autor se mostra indiferente. Por outro lado, se o sujeito atua na esperança ou na confiança de que o resultado não ocorrerá, terá havido uma oposição interna em relação à previsão do acontecimento do resultado e a figura do dolo não estará caracterizada (ENGISCH, 1930, p. 191-207). Engisch defende, ainda, que há sempre culpa nos casos em que a probabilidade de ocorrência do resulta-

do for reduzida e, nos casos em que esta probabilidade for grande, o dolo se configura em razão de uma manifestação *in concreto* da indiferença relativa do autor (ENGISCH, 1930, p. 198).

Mas a teoria de Engisch não esclarece qual o vínculo entre a conduta do autor e o elemento psíquico da indiferença que fundamenta a imputação por dolo (PUPPE, 2004, p. 63). Tal crítica pode perfeitamente ser estendida à teoria da cegueira deliberada. Isso porque, tanto numa teoria quanto noutra, não há qualquer relação que justifique solidamente por que se imputar crime doloso a alguém que sequer atua com consciência dos elementos necessários para fundamentar o dolo. Por isso, se não há dados fáticos suficientes que integrem o âmbito intelectual do dolo do autor, não é possível fundamentar imputação por crime doloso (LAUFER; SILVA, 2009, p. 10-11).

3.2 Críticas à adoção do conceito volitivo de dolo

Ainda que dominante, a teoria volitiva do dolo sofre diversos problemas estruturais. Ela promove uma evidente confusão entre os sentidos de vontade quando, orientada pelo sentido cotidiano de intenção, atribui ao elemento *querer* o fundamento de desvalor entre dolo e culpa como dado psicológico-descriptivo e, ao se deparar com a insuficiência do sentido cotidiano de *intenção*, modifica seu sentido interpretativo. É o que ocorre nos casos em que o autor não possui *intenção* em sentido psicológico-descriptivo, isto é, quando limita-se a ser consciente dos efeitos colaterais necessários de sua conduta ou de que o resultado, em vez de necessário, é apenas possível. Nessas hipóteses, o ponto de partida psicológico da teoria volitiva desdobra-se nos conceitos de dolo direto de 2º grau e de dolo eventual, respectivamente, um *querer* em sentido atributivo-normativo (PUPPE, 2004, p. 32), que se fundamenta em elementos distintos da vontade psíquica. Tal mudança interpretativa da palavra *querer* encobre o fato de que tais subdivisões do dolo se manifestam como três conceitos casuísticos sem relação uns com os outros, que não se orientam pela própria premissa psicológica e levam as tentativas de identificação do dolo a um cenário em que a confusão conceitual e a retórica linguística predominam (SOUZA SANTOS, 2008, p. 271).

A confusão conceitual e a retórica linguística podem ser sensivelmente observadas nas tentativas de se estabelecer a fronteira com a culpa no âmbito do dolo eventual. A profusão de expressões e teorias anímicas decorrentes da falta de critérios precisos aprofundam uma obscura delimitação entre dolo e culpa justificada por uma série de argumentos referidos a sensações internas que mal disfarçam sua natureza de direito penal de ânimo. Termos como *assunção de risco*, *perigo levado a sério*, *indiferença*, *vontade de evitação* são apresentados como fundamentos de um reproche gravoso de injusto

sem qualquer ligação com o fato além da mera concomitância (PUPPE, 2004, p. 51). E tornaram-se, então, corriqueiras definições como *confiar não de modo vago, considerar seriamente, oposição interna*, que apenas exprimem um psicologismo retórico e nada significam em termos de influência na conduta, o que evidencia, por outro lado, que o fundamento de seu reproche não está no fato praticado pelo autor e tampouco na proteção de bem jurídico, mas, tão somente, no estado de espírito do autor. Por se fixar no mero estado de espírito do sujeito, desvincula-se da intensidade do risco criado pelo autor e torna a atribuição de dolo ao autor algo que somente acompanha a intensidade do perigo ao bem jurídico na hipótese de simples coincidência entre ambos, o que afronta o princípio da proporcionalidade. Além disso, ao girar em torno de dados anímicos restritos ao âmbito interno do autor, sua comprovação na prática forense mostra-se extremamente difícil ou impossível, o que leva a consequências como a incalculabilidade e a manipulabilidade de decisões orientadas conforme os pontos de vista mais aleatórios, pois, ao decidir de acordo com a teoria volitiva, o intérprete é obrigado a quase tudo presumir, inclusive pensamentos do autor distantes de qualquer método indiciário (SOUZA SANTOS, 2008, p. 271-287). Por isso, é preciso concordar que o dolo não pode corresponder, por si só, a qualquer estado mental ou emocional previamente dado ao legislador ou ao intérprete (COSTA, 2015, p. 201). A exigência da vontade para a formação do dolo leva a concluir que quem atua sem vontade não deve ser punido por crime doloso, enquanto quem a apresenta já deve receber a pena mais grave, sem que seja esclarecido o motivo da relevância desse elemento volitivo, de modo que punir por dolo com fundamento na vontade é punir por algo cujo fundamento se desconhece (GRECO, 2009, p. 901-902).

A proposta de abandono da teoria volitiva do dolo tem gerado cada vez mais reflexões no âmbito da criminalidade econômica, em que predomina a ideia de risco (ESTELLITA, 2014). No caso do delito de lavagem de dinheiro, essa mudança de paradigma somente traria ganhos, já que, por se tratar de um delito realizado por meio de mecanismos complexos, a exigência de que o reproche doloso, único possível, esteja vinculado a sensações internas do autor, em especial diante de um tipo penal que requer a prática de um direcionamento específico, cuja interpretação, dentro de uma teoria volitiva, apenas pode significar um segundo dado anímico somente compatível com a já anímica vontade, leva a que os problemas estruturais da teoria volitiva do dolo, que já são graves o bastante para justificar seu abandono em relação a qualquer modalidade de delito, potencializem-se na análise de seu plano subjetivo. O raciocínio, ambíguo já em sua premissa, ou seja, o sentido do termo *vontade*, que não se delimita satisfatoriamente ao âmbito da culpa, que se caracteriza como direito penal de ânimo, que não se vincula à gravidade da agressão ao bem jurídico e é muito difícil de ser provado na prática, não é ca-

paz de fornecer uma análise segura a práticas sofisticadas que giram em torno de ocultar, dissimular ou reintroduzir ativos ilícitos, derivados de fato punível antecedente, com aparência de lícitos no mercado econômico formal. O resultado são discussões sobre dolo eventual e cegueira deliberada que já não dizem nada sobre a vontade, mas se aproximam perigosamente de defender a responsabilidade penal mesmo diante da ausência de consciência num delito que não prevê modalidade culposa. A adoção da teoria volitiva torna obscuro, em todos os crimes e com intensidade singular na lavagem de dinheiro, o fato que é essencialmente relevante: o conhecimento deve ser o centro de reproche da conduta penalmente punível.

4 Adoção do conceito cognitivo de dolo

As teorias cognitivas não são uma novidade no Direito Penal. No início do século XX, Lacmann já havia desenvolvido a ideia segundo a qual o fundamento do reproche severo está na representação do autor da maior probabilidade do resultado, de modo que, quanto maior o risco de acordo com sua representação, menor motivação será necessária para evitar o resultado e dissuadi-lo da prática da conduta. Segundo o raciocínio de Lacmann, o ponto de censura penal está na baixa motivação do autor para evitar o resultado, sob o argumento de que sequer a consciência de sua alta probabilidade foi suficiente para fazê-lo superar os desejos ligados ao seu projeto de ação (LACMANN, 1911, p. 114). Mas a construção de Lacmann, quando afirma que a distinção entre dolo e culpa está na motivação em evitar o resultado que o autor possa ter, torna a intensidade do perigo apenas um entre muitos indicadores do dolo, o que conduz à mesma busca por dados anímicos da teoria volitiva, embora indicados pela probabilidade (PUPPE, 2004, p. 67). Em meados do século XX, Sauer elaborou uma teoria em que considerava o fundamento do reproche mais grave não na baixa motivação do autor para evitar o resultado, mas no próprio perigo, consciente ou imaginariamente criado. Para Sauer, a valoração jurídica deve incidir sobre uma ação objetivamente perigosa que tem origem numa livre decisão de vontade, ou seja, a censura vincula-se ao próprio desvalor do perigo mais intenso, como conteúdo da consciência do autor, o que leva o conhecimento do perigo mais intenso a significar não apenas um indício do dolo no sentido da probabilidade, mas o próprio dolo (SAUER, 1956, p. 268-271). Mas Sauer inevitavelmente torna os dados estatísticos o fundamento de seu conceito ao utilizar o termo *mais provável*, já que são indispensáveis para saber se algo é ou não mais provável do que alguma coisa.

Também na metade do século XX, foi defendida por Schröder a teoria do dolo como consciência da possibilidade da realização do resultado. Sua ideia girava em torno do argumento de que basta a mera consciência da possibilidade da realização do resultado para que o autor se motive a desistir de sua ação, pois

qualquer confiança na não ocorrência do resultado já traz em si mesma a negação de sua possibilidade, o que significa que toda conduta culposa somente pode ser culpa inconsciente e não merece reconhecimento, ao menos no sentido tradicional, a modalidade culpa consciente (SCHRÖDER, 1949, p. 245). Essa conclusão foi renovada no último quarto do século XX por Schmidhäuser, para quem a censura dolosa se deve à presença ou não do conhecimento da possibilidade do resultado pelo autor do fato, cuja consciência deve ser distinguida entre consciência de fatos seguros e consciência de fatos inseguros, existente, por exemplo, quando alguém não sabe se a penumbra diante de si pertence a um ser humano, que é uma consciência insegura de um fato presente, e se ao disparar contra ela provocará sua morte, que é uma consciência insegura de um fato futuro. Schmidhäuser defende que o dolo sempre estará caracterizado nas hipóteses de conhecimento de fatos seguros, porém, nos casos de conhecimento inseguro, apenas se o autor estiver consciente da possibilidade concreta de realização do tipo. Schmidhäuser explica que o autor, por não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de ter considerado a possibilidade em abstrato, convence-se de que o resultado não acontecerá, o que implica uma eliminação mental da própria consciência da possibilidade de realização do tipo, ou seja, uma hipótese de culpa aparentemente consciente. Mas o fato doloso configura-se nas hipóteses de conhecimento inseguro da possibilidade concreta, porque nele o autor se decide, conscientemente, pela lesão (SCHMIDHÄUSER, 1980, p. 240-250). Ambas as teorias da possibilidade pecam por punir com dolo condutas que mereceriam reproche culposos. E quando sustentam que a confiança na não ocorrência do resultado significa, desde já, a eliminação do conhecimento, abandonam o próprio ponto de partida, segundo o qual o fundamento do dolo seria o conhecimento, e, por meio de interpretações psicológicas fictícias, fazem de algo sabido algo não sabido (PUPPE, 2004, p. 74). Nesse sentido, Schmidhäuser claramente desloca o ponto central do dolo do conhecimento para o *confiar plenamente que nada ocorrerá*, defendido pela teoria volitiva.

Nas últimas décadas, surgiram novas e interessantes teorias cognitivas, como a teoria do dolo como conhecimento de um risco desprotegido, de Herzberg. Sua ideia parte da classificação do risco criado em duas modalidades, sendo a primeira denominada *risco protegido*, que fundamenta a culpa e na qual há uma atenção do titular ou de um terceiro sobre o bem jurídico que permite ao autor confiar, orientado por uma expectativa racionalmente fundada na experiência, que tudo terminará bem. Se o resultado vier a acontecer, apesar dessa mais alta atenção da vítima ou de um terceiro, não passará de um infortunado desenvolvimento das circunstâncias. A segunda modalidade é o *risco desprotegido*, que fundamenta o dolo, em relação ao qual não se constitui proteção e nem o autor que cria o risco ou o esforço da vítima ou de um terceiro criam uma reserva capaz de evitar a realização do resultado. Por

isso, nesse caso, se o autor confiar que tudo ocorrerá bem, será apenas a expressão de uma confiança irracional e, portanto, inidônea para afastar o dolo. Herzberg defende ainda que a consciência do sujeito que reconhece um risco ao bem jurídico impossível de ser diminuído, por mais que haja esforço para tanto, basta para justificar o dolo, mas se o risco for insignificante, será o caso de culpa, pois um risco desprotegido pequeno equipara-se a um risco protegido (HERZBERG, 1986, p. 249-256). Mas Herzberg faz poucas exigências para a caracterização do perigo doloso, pois defende a culpa somente nos casos de culpa leve, quando o perigo é pequeno ou protegido com alta eficiência, de modo que as hipóteses de culpa média ou culpa grave terminam por receber uma censura dolosa. E, caso se renuncie à premissa da proteção com alta eficiência sem sua substituição por outro requisito qualitativo, a distinção entre perigo protegido e desprotegido torna-se manipulável. Isso porque Herzberg aceita como proteção de um perigo qualquer circunstância que, analisada *ex ante*, oponha-se à realização do perigo, o que permite sempre a conclusão pela existência de um perigo protegido ao se examinar circunstâncias opostas, que não existem apenas quando o risco possui cem por cento de chance de ser concretizado, separadas dos fatores que favorecem a realização do perigo. Em sentido contrário, se os fatores reconhecíveis *ex ante* como favorecedores e redutores do perigo forem considerados em conjunto, como um perigo global, em todas as hipóteses será possível concluir que se está frente a um perigo desprotegido (PUPPE, 2004, p. 80).

Outra teoria bastante interessante é a elaborada por Puppe, que entende que há dolo quando existe o conhecimento de um risco idôneo ou estrategicamente racional para o resultado. Segundo Puppe, a censura dolosa deve existir nos casos em que o perigo criado representar, por si mesmo, um método idôneo para a realização do resultado, ou seja, um método cuja chance de alcançar o objetivo apresenta-se relativamente grande de acordo com os conhecimentos de quem o utiliza. Puppe explica que a identificação da idoneidade do método não deve ser procedida por meio de uma ponderação inflexível sobre a quantidade de perigo, pois é impossível medir índices de probabilidade com clareza, mas de uma avaliação orientada conforme um repertório de métodos, fundado na experiência, para alcançar os mais diversos objetivos. Assim, o relevante para Puppe não é a situação individual do autor e suas possibilidades de agir, pois o fato de o autor almejar o resultado e não dispor de nenhum meio melhor não transforma uma estratégia genericamente inidônea em idônea, bem como não deixa de ser uma estratégia idônea e, portanto, um perigo doloso, o autor dispor, no caso concreto, de meios ainda melhores para alcançar o resultado, como golpear a cabeça da vítima com um cano apesar de trazer consigo uma pistola. Puppe também explica que o propósito do autor de provocar o resultado pode até exercer, em certos casos, um papel decisivo na constituição de um fator de perigo, como, por exemplo, na hipótese em que

um bom atirador, a uma distância média, dispara com o propósito de matar e com uma arma de alta precisão, mas o dolo é constituído não por causa do propósito em si, mas porque o sujeito visa uma parte do corpo na qual a vítima pode ser ferida de maneira letal (PUPPE, 2004, p. 82-84). Embora acerte em seus fundamentos, Puppe é imprecisa ao trabalhar com o termo *inidôneo*, que transmite a ideia de que o resultado é impossível de ser obtido. Além disso, é vago delimitar a intensidade do perigo doloso numa *chance relativamente grande* de se alcançar o resultado, pois, ainda nos casos em que a não ocorrência do resultado seja a hipótese com maior chance de acontecer, pode subsistir uma chance relativamente grande de se alcançar o resultado. E, conforme a vítima ou o terceiro empregue um mecanismo específico de proteção do bem jurídico, o método do autor pode deixar de ser *estrategicamente idôneo*, o que tornaria a conduta culposa ou mesmo atípica, na falta de sua previsão culposa, apenas devido à diligência prévia de se proteger o bem jurídico.

Apesar dos pontos fracos de cada uma das teorias acima descritas, o caminho correto é admitir a consciência e não a vontade como centro de gravidade do dolo. A partir daí devem ser identificados os elementos sobre os quais a consciência do autor precisa incidir para que sua conduta seja reprovada como dolosa. Esses elementos devem se apresentar como características inerentes ao risco criado, capazes de fundamentar a censurabilidade mais grave do dolo como algo proporcional e ajustado à intensidade da conduta praticada no caso concreto. A conclusão a que se chega é que o dolo deve ser definido como a criação consciente de um risco eficiente, excluídos mecanismos específicos de proteção. Assim, autor doloso é aquele que sabe que cria um risco eficiente contra o bem jurídico. Risco eficiente é aquele que possui em seu âmbito de configuração duas características principais: ser juridicamente desaprovado e ter a realização do resultado como sua principal tendência racionalmente fundada. A análise da intensidade da conduta deve considerar quantidades probabilísticas de perigo, quando disponíveis, somente como uma parte do conjunto de dados da experiência racionalmente adequados para demonstrar que a tendência principal do risco conscientemente criado é a realização do resultado. Essa experiência pode ser dividida em dados de observações cotidianas e dados de observações especializadas. Os dados de observações cotidianas são aqueles que podem ser obtidos da experiência do dia a dia, rotineira; seu conteúdo e sua avaliação estão ao alcance da generalidade das pessoas e podem ser extraídos do conteúdo básico da vida. Os dados de observações especializadas, por seu turno, são aqueles que somente podem ser obtidos mediante o acesso a campos específicos de conhecimento, como científicos, técnicos, profissionais etc., e fundamentam o dolo na medida dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta. Por exemplo, o conhecimento de que um tiro na cabeça de alguém tem capacidade letal é um dado da experiência cotidiana, disponível a qualquer pessoa normal, enquanto

que o conhecimento das chances de determinado edifício desabar em razão do desrespeito a determinadas regras de engenharia é algo que somente está disponível a quem tem acesso a esse tipo de informação, por ser um dado de experiência especializada, que exige a consideração dos conhecimentos especiais do sujeito que pratica a conduta (SOUZA SANTOS, 2012, p. 110-116).

Tais considerações são muito relevantes para o crime de lavagem de dinheiro. Diversas circunstâncias fáticas indicam a presença de risco eficiente para a produção do resultado delituoso, como, por exemplo, a ausência de racionalidade econômica da transação; o envolvimento de pessoa jurídica sem atividade operacional; a participação de pessoa física de perfil radicalmente diverso daquele normalmente ostentado por titulares da mesma função; a relação com estruturas multijurisdicionadas ou localizadas em paraísos fiscais; a sucessão de sociedades deficitárias sob o mesmo nome empresarial; a realização de atos com o objetivo aparente de se furta às regras de prevenção à lavagem; a transferência somente formal de domicílio da sociedade; o recebimento de empréstimos oriundos de empresas *off-shore*; o aumento brusco de faturamento de pessoas jurídicas sem motivo aparente; as alterações abruptas no capital social de empresas; a realização de negócios sem relação com a atividade operacional da empresa; o uso sem razão de grande número de contas bancárias, bem como sua criação e extinção sistemática; a participação minoritária das mesmas pessoas físicas em diversas empresas com atividades voltadas para segmentos distintos; a movimentação de altas quantias de dinheiro em espécie; o relacionamento pessoal com criminosos conhecidos; as reorganizações societárias sem sentido aparente; o constante fechamento de contratos de câmbio de importação sem o ingresso de mercadorias no país; os investimentos em empresas não lucrativas; o resgate de apólices de capitalização e previdência privada antes de seus correspondentes vencimentos. Também outros dados objetivos como simulações, condutas praticadas em múltiplas jurisdições, pessoas físicas e jurídicas interpostas, constituem comportamentos que criam riscos cuja tendência principal é a lavagem de ativos.

Além disso, torna-se dispensável a discussão sobre a possibilidade de dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro conforme o tipificado na lei brasileira. Em primeiro lugar, porque não há, dentro da teoria cognitiva, distinção entre modalidades de dolo, mas apenas um dolo, fundado no conhecimento do risco criado e suas características. Em segundo lugar, porque o elemento subjetivo distinto do dolo exigido pela lei passa a ser interpretado como a consciência do direcionamento dos seus próprios atos à prática da lavagem de dinheiro, e não como uma especial intenção animicamente manifestada. Além disso, a questão sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada se resolve dentro do âmbito da própria teoria cognitiva, pois o dolo do autor se configura à medida de seu conhecimento sobre dados que demonstrem que o resulta-

do de lavagem de ativos é a tendência principal do risco de sua conduta, de modo que sequer é possível se falar em cegueira. Em sentido contrário, não há motivo para levar em consideração alguma suspeita que poderia caracterizar cegueira deliberada no caso concreto se não chegar à consciência do autor nenhum dado razoável que demonstre a tendência principal que fundamenta o risco eficiente configurador do dolo.

5 Conclusão

A lavagem de dinheiro, por sua própria natureza, é um delito cuja prática em geral é realizada por meio de mecanismos complexos e condutas sofisticadas. A teoria volitiva é marcada por problemas estruturais e seu emprego leva a um cenário de dificuldades interpretativas e de insegurança de decisões judiciais para a identificação de seu dolo, o que justifica seu abandono. Seus defeitos, visíveis quando aplicada a qualquer delito, se tornam ainda mais evidentes diante da complexidade do crime de lavagem de dinheiro, pois sua ambiguidade, sua referência a um direito penal de ânimo, sua desproporcionalidade em relação à intensidade do delito e sua dificuldade de comprovação forense tornam-se insustentáveis frente à análise interpretativa que deve ser realizada em cada uma das etapas do branqueamento de capitais. Isso demonstra que o caminho mais adequado é o de aplicar uma teoria cognitiva para fundamentar seu aspecto subjetivo, algo que deve ser feito em relação a todo o Direito Penal, mas que é ainda mais manifesto no caso da lavagem de dinheiro.