



dolo no crime de

**LAVAGEM
DE
DINHEIRO**

JENNIFER FALK BADARÓ

Dolo no crime
de lavagem de
dinheiro

Dolo no crime
de lavagem de
dinheiro

**Jennifer Falk
Badaró**



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Jennifer Falk Badaró.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini

Diagramação
Enzo Zaqueu Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

BADARÓ, Jennifer Falk.
Dolo no crime de lavagem de dinheiro -- Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-982-3

1. Direito 2. Direito Penal. I. Título.

CDU342 CDD341.5

Aos meus amores
Gustavo, Enrico e Bárbara

PREFÁCIO	11
INTRODUÇÃO	15
I. TEORIAS CLÁSSICAS DO DOLO	19
1.1. O <i>dolus indirectus</i>	22
1.2. Teorias da vontade.....	24
1.3. Teorias cognitivas.....	27
1.3.1. Teoria da representação	27
1.3.2. Teoria da probabilidade.....	30
1.3.3. Teoria da possibilidade.....	34
2. TEORIAS ATUAIS DE DISTINÇÃO ENTRE DOLO E CULPA	35
2.1. Atuais teorias volitivas	35
2.1.1. Teoria da indiferença	36
2.1.2. Teoria do consentimento ou aprovação.....	38
2.1.3. Teoria da evitação	40
2.1.4. Teoria de “levar a sério o perigo”.....	42
2.1.5. Teoria da decisão contrária ao bem jurídico.....	45
2.1.6. Outras teorias volitivas.....	48
2.2. Atuais teorias cognitivas.....	50
2.2.1. Teorias da probabilidade	51
2.2.1.1. A teoria de Ingeborg Puppe.....	53
2.2.1.2. A teoria de Günther Jakobs.....	57
2.2.2. Teorias da possibilidade.....	61

2.2.3. Outras teorias cognitivas.....	62
2.3. Teorias acumulativas.....	65
2.3.1 A teoria de Gabriel Pérez Barberá.....	66
2.4. Teorias voltadas à prova do dolo.....	75
2.5. <i>Recklessness</i>	83
2.6. Cegueira deliberada.....	84
3. O DOLO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	89
3.1. Evolução do tratamento jurídico-penal do dolo no Brasil.....	89
3.1.1. Dos antecedentes legais do Código Penal de 1940.....	89
3.1.2. O dolo no Código Penal de 1940.....	93
3.1.3. O dolo na Reforma da Parte Geral de 1984.....	94
3.1.4. O dolo no Projeto de Código Penal – PLS 236/2012.....	99
3.2. Posição adotada.....	101
3.3. Análise da compatibilidade da teoria normativa da vontade com o Direito Penal Brasileiro.....	107
4. O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	109
4.1. Conceito e importância do controle da lavagem de dinheiro.....	110
4.2 Bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.....	115
4.2.1. A proteção subsidiária a bens jurídicos.....	115
4.2.2. O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro.....	117
4.3. Evolução do tratamento jurídico-penal da lavagem de dinheiro no Brasil.....	121
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.....	127
4.4.1. Deveres no controle da lavagem de dinheiro no sistema financeiro bancário.....	131
4.4.1.1. Dever de identificação dos clientes, de manutenção dos registros das transações financeiras e de adoção e políticas internas de <i>compliance</i>	131
4.4.1.2. Dever de comunicação de operações financeiras suspeitas.....	136
4.4.2. Consequências jurídico-administrativas da violação dos deveres de vigilância no combate à lavagem de dinheiro.....	142

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.....	143
4.5.1. Omissão imprópria e o dever de garante.....	143
4.5.1.1. Distinção entre crimes omissivos próprios e crimes omissivos impróprios.....	144
4.5.1.2. Os elementos do tipo nos crimes omissivos impróprios.....	145
4.5.2. Análise crítica quanto à responsabilidade penal pelo descumprimento dos deveres de vigilância referentes à lavagem de dinheiro.....	152
4.5.3. Da delegação da posição de garantidor nas instituições financeiras bancárias e a responsabilização criminal por lavagem de dinheiro.....	158

5. O DOLO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO..... 165

5.1. Crítica quanto a uma visão tradicional do dolo na lavagem de dinheiro.....	166
5.2. O dolo no crime de lavagem de dinheiro na Lei 9.613/98.....	169
5.2.1. Artigo 1º, <i>caput</i>	170
5.2.2. Artigo 1º, § 1º, incisos I, II e III.....	179
5.2.3. Artigo 1º, § 2º, inciso I.....	185
5.2.4. Artigo 1º, § 2º, inciso II.....	187
5.2.5. Dolo e os operadores financeiros bancários.....	190
5.3. Dolo e a cegueira deliberada.....	192
5.4. Da ausência de tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico nacional.....	196
5.4.1. A tipificação da conduta culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico espanhol.....	196
5.4.2. A culpa e os sujeitos obrigados.....	201
5.4.3. Críticas à possibilidade de tipificação da modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.....	203

CONCLUSÃO..... 209

BIBLIOGRAFIA..... 211

PREFÁCIO

A apresentação deste trabalho de Jennifer Cristina Ariadne Falk Badaró representa uma dupla satisfação. Em primeiro lugar, por acompanhar o desenvolvimento intelectual e cultural de quem, desde o início, sempre se mostrou interessada e dedicada à pesquisa. A segunda, verificar que uma pesquisa no âmbito do Direito Penal assume particular relevo e atualidade, diante dos crescentes debates sobre o conceito de dolo e sua prova judicial, fundamentalmente em casos complexos característicos de um sistema penal a cada dia mais normatizado, notadamente na esfera econômica.

A importância da obra é, assim, reflexo de uma investigação séria e profunda sobre as dificuldades da identificação do dolo e de sua diferenciação em relação à culpa, em especial no delito de lavagem de dinheiro, partindo-se de um cenário confuso em que se verifica de modo crescente a ampliação do emprego da figura do dolo eventual pelos tribunais – e por parte da doutrina –, levando à hipertrofia do poder punitivo estatal. Com efeito, as novas considerações do dolo e de seus elementos constitutivos, seja sob a perspectiva de aportações teóricas estrangeiras, seja a partir da consideração do delito como mera violação de um dever normativo, têm provocado especial insegurança, carecendo o aplicador do Direito de parâmetros objetivos para solucionar casos concretos.

No trilhar desse caminho investigativo, vários são os temas tratados pela autora, perpassando as diversas teorias sobre o dolo, a análise da possibilidade de sua inserção no sistema jurídico-penal brasileiro, a política criminal de controle da lavagem de dinheiro e o sistema de deveres de vigilância no âmbito financeiro, a crítica quanto à responsabilização criminal por violação de tais deveres e a (im)possibilidade de tipificação da modalidade culposa do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.

Que ninguém pode ser punido por conduta que não esteja previamente prevista em uma lei penal é um princípio básico das sociedades atuais. Afastando-se, porém, do romantismo iluminista, em que se acreditava, a partir de um positivismo legalista, ser possível definir toda a realidade por meio da narrativa clara de uma conduta, foi-se gradualmente tomando consciência de que a busca de uma descrição absoluta e inequívoca é insensata, porque impossível. Sob a perspectiva de uma realidade social mais complexa, os tipos

penais passaram a assumir certa abertura ou normatização, de modo a melhor abarcar – em tese – a descrição de condutas penalmente desvaloradas.

A exigência atual da legalidade volta-se, então, à pretensão de uma interação entre os poderes legislativo e judiciário que possa resultar em interpretações previsíveis e, por isso, legítimas. Sob tal perspectiva, do juiz se exige não apenas a vinculação à lei, mas também a assunção de parâmetros axiológicos democráticos que permitam sua correta integração e aplicação. Todo o trabalho hermenêutico do intérprete depende, porém, do conteúdo da norma penal, que dispõe de forma específica sobre determinados fenômenos jurídicos, dentre os quais se destaca o próprio delito. Desse modo, o nível de normatização do tipo interfere diretamente nas possibilidades de sua aplicação concreta e, assim, na delimitação da intervenção penal.

É preciso ressaltar, de todo modo, que o limite do normativismo na esfera penal esbarra na possibilidade de aplicação da norma à realidade empírica, sem que a aplicação da norma implique a pretensão de moldar tal realidade a seus desejos, substituindo arbitrariamente o real por uma fantasia subjetiva. Não é possível, sob tal perspectiva, a utilização de elementos típicos com conteúdo abstrato e desconectado da realidade, pois a construção de um tipo penal legítimo exige como pressuposto o conhecimento do conflito ou problema ao qual este se pretenda aplicar, bem como do objeto concreto da proteção penal. Assim, independentemente das esperanças do jurista, a realidade deve opor-se aos conceitos de modo crítico, obrigando, muitas vezes, à correção do ponto de partida normativo.

A partir de sua evolução conceitual, entende-se atualmente o dolo como consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a ofensa do bem jurídico. Porém, diversos autores, tais como Ingeborg Puppe, Günther Jakobs, Wolfgang Frisch, propõem, de forma discutível, a normatização de referido elemento do tipo subjetivo, questionando se este necessita do aspecto volitivo, de caráter psíquico, ou se basta o requisito cognitivo para sua configuração, vinculado à probabilidade de ofensa ao bem jurídico. A tais posicionamentos somam-se influências anglo-americanas, gerando a proliferação no cenário jurisprudencial atual de concepções tais como a *recklessness* e a *willful blindness*, utilizadas não raras vezes como mero facilitador da imputação, de modo disfuncional e dissociado dos parâmetros que devem caracterizar o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. E essas tendências doutrinárias e jurisprudenciais ganham contornos ainda mais preocupantes no âmbito de tipos penais normatizados, nos quais a própria verificação do elemento cognitivo do dolo passa a ser também normativa-atributiva. De fato, no contexto de uma descrição típica pouco tangível, a questão consiste em saber o que e o quanto o agente deve conhecer, restando tal análise qualitativa e quantitativamente condicionada ao arbítrio judicial e, por isso, manipulável. Conformando um verdadeiro círculo vicioso, as concepções teóricas normativistas sobre o dolo levam, então, a um nível de ainda maior normatização no âmbito da tipicidade subjetiva, normatização

esta que, é importante destacar, não chega a uma solução materialmente mais viável ou eficaz de casos concretos, deslocando-se na verdade o problema, que segue persistindo, para um terreno formal-abstrato.

Na verdade, as distintas propostas de normatização do dolo partem muitas vezes das clássicas dificuldades probatórias de elementos internos do comportamento do agente, os quais se pretende, por isso, abandonar. Nessa abordagem confusa entre o conteúdo exigível do dolo e as dificuldades de sua prova concreta, o deslocamento à normatização leva a uma mudança perigosa, e não expressa, na própria lógica processual fundada na garantia constitucional da presunção de inocência, uma vez que as dúvidas ou as dificuldades probatórias relacionadas ao aspecto subjetivo da tipicidade da conduta deixam de operar em favor da liberdade do indivíduo e passam a servir, travestidas como presunções normativas, em benefício do poder punitivo estatal, enquanto instrumento de fundamentação da responsabilidade penal. O mesmo ocorre com o exame da falta do dever objetivo de cuidado e da previsibilidade do resultado, nos casos de crimes culposos descritos sob a base de tipos normatizados, que podem acabar se convertendo em categorias abstratas, afastadas da realidade e, portanto, presumíveis no caso concreto pelo julgador, passando a constituir elementos de afirmação da responsabilidade penal, e não de contenção do poder punitivo estatal.

Então, a proposta de tomar o dolo como mecanismo de atribuição de responsabilidade, valorando-se o conhecimento do agente por meio do critério da probabilidade, impossibilita ao sujeito a alegação de ausência de vontade, convertendo-se toda a discussão em imputação por violação de dever normativo. A grande questão que se põe, assim, é se é possível, no contexto democrático, deixar de lado a própria realidade para dissociar o sujeito de sua estrutura psicológica, da expressão de sua vontade. No âmbito dogmático, inaugura-se, ainda, outra questão: sem a vontade, é possível distinguir o injusto penal da culpabilidade?

Já se afirmou que uma das grandes dificuldades da ciência penal consiste em sua reduzida capacidade de comunicação com o mundo real, a partir da imagem tradicional dos juristas como lutadores solitários e não ouvidos pelo legislador e pelos tribunais. Embora seja evidente que a tarefa de promulgação de leis deve continuar a ser do legislador, que deve encarregar-se de, no âmbito de concepções doutrinárias amplas, fazer opções conforme as necessidades de redução e de atendimento de compromissos com a política estatal, nem por isso o Direito Penal, bem como a Criminologia deixam de assumir papel de colaboração fundamental no sentido de orientação, no âmbito de relações institucionais e diálogo com os poderes legislativo e judiciário, a fim de evitar a própria desconstrução e decadência da cultura penal, conquistada tão duramente. Trata-se, aqui, de necessário exercício de humildade e de respeito de todos os lados, buscando-se, por meio do trabalho em grupo, o desenvolvimento democrático do ordenamento jurídico-penal.

E essa é a preocupação de Jennifer Cristina Ariadne Falk Badaró, isto é, de provocar um debate sobre o próprio alcance e racionalidade da inter-

venção penal, a qual apenas poderá ser tomada como legítima se respeitar a caga axiológica que materializa o Estado Democrático de Direito. Sua obra provoca, e muito, o leitor sobre o próprio sentido do Direito Penal na atualidade, levantando muitas questões e sugerindo soluções nesse terreno pouco explorado pela dogmática penal brasileira.

Tenho certeza que não será o último trabalho da autora, o que será de muito valor para a dogmática jurídico-penal brasileira, que agradece, porque necessita evoluir para enfrentar os problemas da sociedade contemporânea. A leitura do livro, portanto, é obrigatória para quem deseja encontrar um caminho frente às imensas dúvidas e dificuldades que vêm assombrando o exame da tipicidade subjetiva, fundamentalmente na esfera econômica.

Somente me cabe agradecer pelo privilégio da convivência acadêmica e desejar sucesso, o que, certamente, terá o lançamento deste livro.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Professora Titular de Direito Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

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.

Não se pretende 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 de vista 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 cinco capítulos. Os três primeiros destinados às teorias sobre a distinção entre o dolo e a culpa e os dois últimos ao estudo do elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro.

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. 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, 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.

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, será feita 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.

Tratar-se-á, 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 a conveniência de eventual criação da modalidade culposa da lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico nacional.

“

A importância da obra é, assim, reflexo de uma investigação séria e profunda sobre as dificuldades da identificação do dolo e de sua diferenciação em relação à culpa, em especial no delito de lavagem de dinheiro, partindo-se de um cenário confuso em que se verifica de modo crescente a ampliação do emprego da figura do dolo eventual pelos tribunais – e por parte da doutrina –, levando à hipertrofia do poder punitivo estatal.”

ANA ELISA LIBERATORE
S. BECHARA

