

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Laura Ayub Salvatori

O DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Porto Alegre

2018

LAURA AYUB SALVATORI

O DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen.

Porto Alegre

2018

LAURA AYUB SALVATORI

O DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 10 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen

Orientador

Profª. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

A todos que acreditam que a Academia não é espaço de doutrinação, mas de civilidade.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, em reconhecimento dos seus esforços à minha formação, por terem me ensinado o valor do conhecimento e a importância do estudo. Ao meu irmão, pelo eterno companheirismo.

Aos meus colegas do Ministério Público Federal, não somente pelo aprendizado, mas também pela convivência diária, pelas lições de vida e pela amizade construída. Sempre lembrarei os meus dias de estagiária com muita emoção. Especialmente, ao Cristiano Fusinato, por quem nutri, desde os primeiros dias, um carinho inexplicável.

Aos meus amigos de Faculdade e companheiros de longa data, pois nada faria sentido se não estivessem ao meu lado nesse percurso. E que percurso!

A todos os professores que cruzaram o meu caminho desde os meus primeiros anos de vida até o final da graduação, gostasse ou não deles, pois todos, de alguma forma, contribuíram para a minha formação enquanto ser humano.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Pablo Alflen, penalista e ser humano de dimensões incomparáveis, a quem devo mais do que posso agradecer. Palavras jamais serão suficientes.

RESUMO

O presente trabalho visa a verificar a admissibilidade (ou não) do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, tipificado no artigo 1º da Lei n. 9.613/1998. Parte-se da hipótese de que não é exigível do autor do crime de lavagem a certeza de que os ativos sejam provenientes de infração penal. Para isso, baseando-se em um método fenomenológico, realiza-se a análise das espécies de dolo e, principalmente, das teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, a fim de se fixar um conceito de dolo eventual dogmaticamente coerente com a realidade. Em sequência, perquire-se a estrutura típica objetiva e subjetiva do crime de lavagem de dinheiro. Em relação ao tipo subjetivo, apresentam-se criticamente os argumentos doutrinários favoráveis e contrários à admissibilidade do dolo eventual na lavagem de dinheiro. Por fim, procede-se a um estudo de caso, a fim de verificar empiricamente se as premissas apresentadas acerca do dolo eventual, especificamente na lavagem, servem à solução de casos práticos e são aplicadas nos tribunais.

Palavras-chave: Dolo eventual. Lavagem de dinheiro. Elemento subjetivo. Direito Penal.

ABSTRACT

This study aims to verify the admissibility (or not) of *dolus eventualis* in the money laundering crime, prescribed on article 1 of Law 9.613/1998. The hypothesis is that the perpetrator's certainty about the assets being product of a criminal offense is not required. Based on the phenomenological method, this study analyses the types of *dolus* and, mainly, the theories that distinguish *dolus eventualis* from conscious negligence in order to establish a concept for *dolus eventualis* that is coherent with the reality. Thereafter, the study exams the objective and subjective typical structure of the money laundering crime. In regards to the subjective type, doctrinal arguments in favor and against the admissibility of *dolus eventualis* in money laundering are presented in a critical manner. Finally, a case study is conducted in order to empirically verify if the premises presented concerning *dolus eventualis*, specifically on money laundering, serve as a solution for practical cases and if they are applied by courts.

Keywords: *Dolus eventualis*. Money laundering. Subjective element. Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APn	Ação Penal
Art.	Artigo
BGHSt	Strafsenat für Bundesgerichtshof (Senado/Câmara Criminal do Supremo Tribunal Federal alemão)
CE	Conselho Europeu
CEE	Conselho das Comunidades Europeias
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJe	Diário da Justiça eletrônico
Ed.	Edição
EI	Embargos Infringentes
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
N.	Número
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
P.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
T.	Tomo
Tir.	Tiragem
V.	Volume
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DOLO EVENTUAL	17
1.1 TIPO SUBJETIVO: DOLO E CULPA	17
1.2 COMPONENTES DO DOLO	25
1.2.1 Componente cognitivo	25
1.2.2 Componente volitivo	29
1.3 ESPÉCIES DE DOLO	33
1.3.1 Dolo direto de primeiro grau	35
1.3.2 Dolo direto de segundo grau	36
1.3.3 Dolo eventual	38
1.4 TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE	44
1.4.1 Teorias volitivas	46
1.4.1.1 Teoria do consentimento ou da aprovação	46
1.4.1.2 Teoria da indiferença ou do sentimento	52
1.4.1.3 Teoria da vontade de evitação não comprovada	54
1.4.1.4 Fórmulas de Frank	57
1.4.2 Teorias cognitivas	59
1.4.2.1 Teoria da representação ou da possibilidade	60
1.4.2.2 Teoria da probabilidade	62
1.4.2.3 Teoria do risco não permitido	65
1.4.2.4 Teoria do perigo protegido ou assegurado	67
1.5 TOMADA DE POSIÇÃO	69
2 DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	74
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	74

2.2 TIPO OBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	82
2.2.1 Conceito	82
2.2.2 Condutas típicas	86
2.2.3 Bem jurídico tutelado	89
2.2.4 Objeto material	95
2.2.5 Sujeitos ativo e passivo	96
2.2.6 Classificação	97
2.3 TIPO SUBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO	102
2.3.1 Argumentos contrários à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro	104
2.3.2 Argumentos favoráveis à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro	110
2.4 TOMADA DE DECISÃO	113
3 ZETÉTICA APLICADA À LAVAGEM DE DINHEIRO	117
3.1 EXPOSIÇÃO DO CASO	117
3.2 ANÁLISE DA DECISÃO	119
CONCLUSÕES	126
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O Direito Penal, em sua entrada no século XXI, depara-se com alguns desafios estruturais, especialmente quanto à conformação da sociedade dos “grandes riscos”¹, que coloca em xeque alguns de seus paradigmas mais caros e suscita “problemas novos e incontornáveis”².

O modelo do Direito Penal liberal e antropocêntrico³, ao qual correspondia um catálogo individualista de bens jurídicos dignos de proteção, como a vida, o corpo e o patrimônio, tem de enfrentar uma nova “sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também globais”⁴; nesse sentido, em razão da inspiração nas modernas teorias sociológicas orientadas pelo paradigma da globalização, surge o Direito Penal do risco (*Risikostrafrecht*)⁵, *sola ratio* e expansivo⁶.

No âmbito das discussões da sociedade do risco e seu embate com o Direito Penal, a figura do dolo eventual é trazida novamente ao foco dos debates dogmáticos e reassume sua

¹ Sobre o assunto, ver DIAS, Jorge de Figueiredo. **Seminário internacional de Direito Penal: algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco**. Universidade Lusíada, Lisboa, mar. de 2000, p. 6-10, Separata; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 85 e ss.

² ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.*, p. 86. Nessa direção, Winfried Hassemer destacou que “[o] complexo de responsabilização assim engendrado, adensado e percebido, bem como o interesse da ‘sociedade de risco’ na minimização da insegurança e no comando global de processos complexos atingiram não apenas a Política criminal como também a teoria do Direito penal e a teoria do bem jurídico” (HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Org. e rev.: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 226).

³ Abordando a questão da “dialética da modernidade”, Hassemer denominou-o de Direito Penal “clássico”, ao qual pertencem os tradicionais postulados de subsidiariedade e determinação e o crime de dano como modo do comportamento ilícito (HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003, p. 55).

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 7.

⁵ ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.*, p. 85-86.

⁶ Alflen afirma que o caráter expansivo do Direito Penal do risco apresenta três dimensões: ampliação do rol de bens jurídicos protegidos, a antecipação do limite entre comportamento impune e punível e a redução das exigências para a reprovabilidade (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.*, p. 94). Compare HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2003, p. 57; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, p. 222-238, jan./fev. 2007, p. 234-236.

importância, por ser utilizado para a ampliação das barreiras da punição, na medida em que constitui flexibilização do paradigma do dolo direto⁷ como forma normal do cometimento do crime, vez que, para que o elemento subjetivo se enquadre como dolo eventual, não é necessária a intenção direta de produzir o resultado, bastando que se assuma o risco de produzi-lo⁸.

As categorias jurídico-penais, originalmente formuladas como instrumentos de garantia, são revisadas pelo Direito Penal moderno, em razão da necessidade de adaptação à nova configuração social. A revitalização do conceito de dolo pode, entretanto, acarretar o desprezo à sua essência⁹. Por conta disso, o dolo eventual torna-se o ponto mais discutível do tipo subjetivo e, quiçá, um dos mais controvertidos da teoria do delito¹⁰.

Historicamente, o conceito de dolo eventual remonta ao direito canônico, no qual se sondavam as intenções e os motivos íntimos das infrações puníveis e examinavam-se as circunstâncias nas quais os fatos eram cometidos, punindo-os na medida em que se considerassem esses motivos mais ou menos reprováveis¹¹. Ainda, distinguiram-se os delitos culposos e dolosos, atribuindo-se sanção diversa conforme fosse a forma de cometimento do crime¹².

⁷ O dolo direto é a representação efetiva dos aspectos objetivos do tipo penal e a vontade de concretizá-los, desdobrando-se, pois, em dois elementos – cognitivo e volitivo. Em outros termos, o agente projeta o(s) resultado(s) que pode(m) derivar de sua conduta e os meios necessários para tanto e deseja a concreção dos aspectos objetivos do tipo (LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987, p. 63-64).

⁸ Muñoz Conde sustenta que o dolo eventual “[é] um complexo processo psicológico no qual se mesclam elementos intelectivos e volitivos, conscientes ou inconscientes, de difícil redução a um conceito unitário de dolo ou culpa. O dolo eventual constitui, portanto, a fronteira entre o dolo e a negligência ou culpa e dado o diverso tratamento jurídico de uma ou outra categoria é necessário distingui-las com a maior clareza” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p. 60).

⁹ VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo “eventual”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 15-54, mai./jun. 2014, p. 36.

¹⁰ Segundo Renato de Mello Jorge Silveira, o dolo eventual é “um enigma, um verdadeiro mistério, que ainda espera resolução” (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**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016, p. 224). No mesmo sentido, FARIA COSTA, José de. **Tentativa e dolo eventual**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1996, p. 31.

¹¹ DUVAL, Raoul. **Du dol éventuel: étude de droit comparé**. Paris: V. Giard & E. Brièu, 1900, p. 15; compare, ainda, SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 223.

¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 224.

Nessa direção, São Tomás de Aquino¹³, inspirado nas obras de Bernard de Pavie, fez da vontade o critério da culpabilidade humana, afirmando que todas as consequências de um ato são queridas quando se quis a sua causa¹⁴. Assim, se a causa fosse direta ou indiretamente querida, as consequências também o seriam¹⁵. Curiosamente, Aquino ilustrou sua concepção sobre a vontade com o caso tradicionalmente elucidado pela doutrina ao abordar a temática do dolo eventual – o do sujeito que bebe imoderadamente, sabendo do risco de ficar fora de si e causar algum desastre.

No antigo direito austríaco do século XIII, os legisladores se deram conta que era demasiadamente exagerado imputar ao sujeito todas as consequências possíveis de sua ação, substituindo a teoria de Pavie pela teoria do dolo indireto, segundo a qual somente são imputáveis ao agente as consequências que eram verdadeiramente previsíveis ou possíveis de previsão¹⁶.

A expressão *dolus eventualis* aparece, pela primeira vez, na obra de Böhmer¹⁷, em 1759, quem, baseado na teoria de São Tomás de Aquino, distingue os crimes direta e indiretamente queridos das faltas cometidas por negligência e, na categoria de crimes indiretamente queridos, aloca os crimes eventualmente desejados¹⁸.

De outro lado, a doutrina alemã passou a se preocupar com a questão do dolo eventual no final do século XVIII¹⁹. A partir dessa época, houve unissonância na doutrina quanto à exigência de que a responsabilização de um indivíduo por sua ação dependeria do agir com

¹³ A origem da distinção entre dolo direto e dolo eventual se daria na obra de São Tomás de Aquino, quem fundamentou o dolo na existência da razão, sendo esta relacionada à vontade (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 224-225).

¹⁴ Aníbal Bruno afirma que, no direito canônico, o conceito de dolo era dotado de grande elasticidade, pois quem praticasse um ato ilícito responderia penalmente por todas as consequências, ainda que não previstas pelo agente (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 2, t. 2, p. 72).

¹⁵ DUVAL, Raoul. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶ DUVAL, Raoul. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁷ BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. **Observationes selectae ad B. Carpzovii Practicam novam Rerum Criminalium Imperialem Saxoniam**. Frankfurt a.M.: Franciscum Varrentrapp, 1759, p. 2 e ss, 6: a expressão "dolus eventualis" é empregada somente no index, à p. 411; porém, em inúmeras passagens utiliza-se a expressão "dolum eventualem".

¹⁸ DUVAL, Raoul. *Op. cit.*, p. 24-25.

¹⁹ Segundo Jescheck, o direito germânico manteve, durante um longo período de tempo, a concepção de responsabilidade pelo resultado, deixando impunível, como produto do acaso, certos casos típicos de atuação involuntária. Os juristas italianos medievais incorporaram o conceito de dolo do direito romano e o elegeram como pressuposto de todos os delitos graves (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: parte general**. Tradução e acréscimos do Direito espanhol: S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1, p. 397).

“intenção criminal”; todavia, o que era objeto de controvérsia era, justamente, o conceito de intenção.

Para a corrente da teoria da vontade, o sujeito age com intenção criminal quando quer não somente a realização do ato final, mas também das consequências que dele derivam. De outro lado, os partidários da vertente oposta – teoria da representação – afirmavam que há intenção criminal quando o agente simplesmente prevê as consequências derivadas de sua ação²⁰.

Observa-se que, apesar de terem surgido no final do século XVIII e se desenvolvido no século subsequente, essas duas correntes doutrinárias permanecem atuais, visto que ainda se classificam as teorias acerca do dolo eventual em volitivas e cognitivas²¹. Nada obstante, modernamente, o tema encontra-se ainda mais controvertido, vez que cada um desses gêneros comporta diversas espécies teóricas, numa tentativa inesgotável de diferenciar o dolo eventual da culpa consciente²².

O ponto nevrálgico da questão radica no fato de que a dogmática penal tem, como pano de fundo, um grande leque de conceitos estruturantes, cujos significado e precisão são essenciais para a construção de uma teoria harmônica e congruente. Todavia, apesar de o elemento subjetivo do tipo travestir-se como uma questão sedimentada, carrega consigo problemas ainda não enfrentados (e solucionados) devidamente.

Nesse sentido, aponta-se que a ausência de solidez acerca da definição e do conteúdo do dolo eventual produz reflexos no Direito Penal material, na medida em que a distinção entre culpa consciente e dolo eventual tem o condão de tornar um fato típico²³, e no Direito

²⁰ DUVAL, Raoul. *Op. cit.*, p. 30-34.

²¹ Para SHECAIRA, o dolo eventual retoma o seu papel histórico, pois nasceu para aumentar a severidade das punições dos clérigos e adquiriu racionalidade no período iluminista, mas passou a ser deturpado como instrumento de contenção social com a ascensão pós-moderna do “Estado penal” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 238).

²² Acerca da controvérsia doutrinária a respeito do tema, Silveira adverte que “[s]ob essa percepção, e principalmente depois da verificação welzeliana sobre a bipartição do tipo em tipo objetivo e tipo subjetivo, tem-se uma significativa ampliação interpretativa da questão fronteiriça do dolo eventual como uma das grandes indagações da seara penal. Procurando dar suficientes respostas para tal dúvida, construíram-se incontáveis teorias a esse respeito, variando do volitivo e cognitivo a construções significativamente normativas” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Op. cit.*, p. 224).

²³ Isso decorre do fato de que alguns crimes somente estão previstos na modalidade dolosa. A título exemplificativo, menciona-se que, de acordo com a redação da Lei n. 9.613/1998, a lavagem de dinheiro na modalidade culposa não foi tipificada; desse raciocínio, conclui-se que, para a consumação desse crime, é imprescindível a caracterização do dolo no caso concreto.

Penal processual, pois, desde um ponto de vista pragmático, é mais fácil a obtenção da prova do dolo eventual do que a do dolo direto.

Ainda, também em decorrência do fenômeno globalizante anteriormente mencionado, a criminalidade econômica²⁴ conquistou maior velocidade e fluidez²⁵, o que facilitou a ocorrência de crimes transnacionais e ocasionou uma mudança substancial “na qualidade dos crimes praticados por organizações criminosas e na quantidade dos ganhos ilícitos deles decorrentes”²⁶ e, conseqüentemente, também impactou o modo de aproveitamento do produto do crime.

Nesse contexto, a partir da segunda metade do século XX, além de se intensificar o combate ao crime organizado, criou-se uma cultura internacional de combate à lavagem de dinheiro, corporificada por diversas convenções internacionais e pela atuação de organismos internacionais, na medida em que essa criminalidade era sustentada e desenvolvida pelo êxito da reciclagem dos proveitos do crime²⁷.

No Brasil, a lavagem de dinheiro foi tipificada com a promulgação da Lei n. 9.613/1998, alterada posteriormente pela Lei n. 12.683/2012; nada obstante, há dissenso acerca da possibilidade de imputação a título de dolo eventual, pois, para uma parcela da doutrina, sempre haveria, nas condutas tipificadas no art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, uma intenção certa de ocultar ou dissimular patrimônio ilícito originário da infração antecedente, o que não se coadunaria com o dolo eventual; para outra, não haveria óbice à imputação, em virtude da inexistência de vedação explícita ou implícita ao dolo eventual²⁸. Outrossim, a jurisprudência pátria sobre o assunto é incipiente, não fornecendo balizas ou critérios objetivos quanto à análise do dolo eventual no crime de lavagem.

²⁴ Hassemer afirma que, em certos âmbitos do Direito Penal, como o Direito Penal Ambiental e o Direito Penal Econômico, há uma tendência moderna de se afastar dos tradicionais pressupostos de imputação, pois estes podem impedir a implementação de uma política criminal eficiente nessas áreas (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2003, p. 62).

²⁵ BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

²⁶ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

²⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 34.

²⁸ Dentre os autores da corrente contrária ao dolo eventual na lavagem de dinheiro, destacam-se 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., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 140-141; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 65. De outro lado, dentre os adeptos da corrente favorável ao dolo eventual na lavagem de dinheiro, mencionam-se PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de**

Assim, há duas questões centrais que se pretende analisar e responder: a primeira versa sobre o conteúdo do dolo eventual; a segunda, sobre a possibilidade ou não de imputação do crime de lavagem de dinheiro a título de dolo eventual.

Por conseguinte, o primeiro capítulo versará sobre o conceito, componentes e espécies de dolo e sobre as teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente. O segundo capítulo abordará o conceito e a estrutura típica do crime de lavagem de dinheiro, contextualizando-o no cenário internacional; em sequência, serão apresentados e confrontados os argumentos contrários e favoráveis à admissão do dolo eventual nessa espécie delitiva. Por fim, o terceiro capítulo dedicar-se-á à zetética aplicada à lavagem de dinheiro, de modo que as hipóteses e teses apresentadas nos dois capítulos antecedentes possam ser testadas empiricamente, verificando quais delas apresentam uma resposta mais satisfatória à resolução do caso apresentado.

Ainda, aponta-se que o método de abordagem utilizado para o desenvolvimento da pesquisa foi o fenomenológico; de outro lado, o método procedimental baseou-se num estudo doutrinário e comparativo dos institutos com a normativa internacional, a partir do modelo legal brasileiro, fundamentado, ao final, pela análise crítica de um julgado. Os procedimentos técnicos, por sua vez, foram o de análise bibliográfico-documental e o de estudo de caso.

1 DOLO EVENTUAL

1.1 TIPO SUBJETIVO: DOLO E CULPA

A conduta humana é o alicerce da teoria do delito, pois não existe crime sem ação ou omissão, de modo que todos os elementos do delito estão relacionados, de alguma forma, a ela²⁹.

O desenvolvimento do conceito de ação se deu a partir da teoria causal, preconizada por Franz von Liszt³⁰ e Ernst Beling³¹, no final do século XIX, segundo a qual a ação era uma conduta voluntária ou um comportamento físico-corpóreo que causa uma modificação no mundo exterior, sendo vista como um movimento mecânico desprovido de intenções ou finalidades. De acordo com essa teoria, todos os elementos subjetivos e normativos pertencem ao plano da culpabilidade, de modo que o tipo penal, enquanto mera descrição dos dados materiais que configuram o crime, é composto exclusivamente por elementos objetivos³².

²⁹ BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000, p. 89. Nesse sentido, Joaquín Cuello afirma que o pressuposto ontológico comum a todas as formas de delito é a ação, que aparece, no mundo jurídico, como ação pensada, isto é, real e possível. Por isso, é melhor caracterizada, tendo em vista o sujeito responsável, como a capacidade de ação surgida num dado momento, sendo essa capacidade de resultado uma característica inseparável da ação (CUELLO, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 36, n. 1, p. 77-99, jan./abr. 1983, p. 98).

³⁰ Liszt, enquanto adepto de uma concepção causal de ação, definia o dolo como a representação da importância do ato voluntário como causa, ou seja, como a representação da causalidade. Para o autor, o dolo compreenderia (a) a representação do ato voluntário enquanto correspondente à ideia de crime, (b) a previsão do resultado, quando este for necessário à ideia do crime, e (c) a representação de que o resultado será consequência do ato voluntário, e de que este será a causa do resultado (LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, t. 1, p. 270-272).

³¹ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal - La doctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 42.

³² Juarez Cirino dos Santos descreve figurativamente o conceito de ação no sistema causal como “um fantasma sem sangue” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 41). Brandão critica o modelo causal de ação por esvaziar o conteúdo da vontade, visto que a conduta humana penalmente relevante não pode ser analisada sem a intenção que a moveu (BRANDÃO, Cláudio. *Op. cit.*, p. 90).

A partir do desenvolvimento da teoria finalista da ação de Hans Welzel, na primeira metade do século XX, a conduta humana passa a ser vista como exercício de atividade final³³, afastando-se da concepção belinguiana de tipo axiologicamente neutro e objetivo, de cunho naturalista³⁴. A ação elementar ao tipo passa a ser vista como um processo causal (comportamento exterior) regido pela vontade³⁵ – e não mais como uma causalidade cega –, de modo que não é possível excluir o elemento subjetivo a nível de tipicidade³⁶.

Nesse sentido, a transposição do elemento subjetivo para o tipo, enquanto “fundamento psicossomático”, implica o reconhecimento da ação dolosa como execução de ação proibida, da ação culposa como execução defeituosa de ação lícita e da omissão como não execução (dolosa ou culposa) da ação determinada³⁷.

O fim orienta a conduta do agente, que pode prever, dentro de certos limites, as consequências de sua ação³⁸; nesse contexto, a vontade compreende “a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários e o movimento corporal dirigido ao fim proposto”³⁹.

³³ WELZEL, Hans. **Teoría de la acción finalista**. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 14. Nesse sentido, Welzel afirma que o caráter final da ação se baseia no fato de que o homem, em razão de seu saber causal, pode prever as possíveis consequências de sua ação, o que faz com que dirija a sua atividade para a consecução dos fins previstos. A atividade final, pois, seria um agir orientado conscientemente pelo fim, enquanto que o acontecer causal cego não está dirigido por um fim (WELZEL, Hans. La teoría de la acción. **Revista síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 21, p. 65-69, ago./set. 2003, p. 65-66). Para Jescheck, a finalidade, ou capacidade de condução, seria a aptidão do homem de prever o curso das coisas, antecipar mentalmente os processos causais e conduzir os fatos até uma meta por meio de sua própria atuação (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 410).

³⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 15.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 56. Para Zaffaroni, a expressão “vontade final” seria tautológica, visto que a vontade necessariamente implica finalidade (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 363). Acerca da concepção de vontade no modelo finalista, Cirino dos Santos afirma que “a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é a sua direção inteligente” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 43).

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 55-56. Consoante Luiz Luisi, a intenção do agente constitui um elemento relevante sempre presente na estrutura típica (LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 63).

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 45.

³⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1951, p. 19-20.

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 163.

Dessa forma, o finalismo, teoria inspiradora do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2.848/1940), consolidou a bipartição do tipo penal em objetivo e subjetivo⁴⁰: o primeiro diz respeito aos elementos descritivos e normativos (ação/omissão, sujeito ativo, meios da ação, resultado, etc.)⁴¹; o segundo, aos elementos subjetivos gerais (dolo e culpa)⁴² e aos elementos subjetivos especiais⁴³ (intenções, tendências e atitudes pessoais). Contudo, apesar de ter sido deslocado para o plano da tipicidade, o elemento subjetivo é neutro e avalorado, ocorrendo o juízo de reprovabilidade somente no plano da culpabilidade.

O dolo, previsto no art. 18, I, do CP⁴⁴, é tradicionalmente definido como a vontade⁴⁵ finalista dirigida à realização do tipo objetivo de um crime⁴⁶, ou seja, resume-se em saber e

⁴⁰ Alflen destaca que “[...] é entendimento predominante na literatura jurídico-penal contemporânea que a consciência e a vontade de realização (dolo, em qualquer das suas modalidades) ou a violação do cuidado objetivo (culpa) são componentes fundamentais da conduta e, portanto, elementos subjetivos do tipo (*subjektiven Tatbestandsmerkmalen*). Isso foi mérito da doutrina finalista, com a superação do causal-naturalismo e a conseqüente separação dos dados subjetivos e objetivos do delito, sendo que a partir daí passou-se a considerar como indubitável que o dolo e a culpa são elementos do tipo, por serem componentes estruturais da conduta que está inserida no tipo [...]” (ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.*, p. 151).

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal – parte general**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 281.

⁴² Tavares critica a divisão em delitos dolosos e culposos como desdobramento da estrutura da conduta, defendendo que essa divisão deve fundar-se nas “limitações projetadas pela norma penal sob a forma de imputação dessa conduta ao sujeito”. Nesse sentido, afirma que a delimitação do conteúdo do injusto deve ser feita sobre a base de um processo de imputação, e não sobre um ideal ontologicista. Esse processo de imputação pode ser objetivo, quando baseado no risco (de lesão do bem jurídico), e subjetivo, quando baseado na direção volitiva do risco. O dolo, então, nada mais seria do que a vontade de realização do tipo penal dirigida volitivamente, representando de um risco para o bem jurídico, o que se afasta de um ideal naturalístico ou puramente psicológico (TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 269-272; p. 283). Todavia, apesar de o autor criticar a perspectiva finalista do dolo, o finalismo é compatível com um conceito não puramente psicológico de dolo, pois o sujeito não necessariamente precisa “querer” o resultado no sentido profano da palavra, ou seja, desejar, podendo inclusive desaprová-lo, desde que o represente e decida agir em direção à sua produção, incluindo-o nos seus planos.

⁴³ A denominação “elementos subjetivos especiais” é utilizada por Cirino dos Santos (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, p. 62); Zaffaroni e Pierangeli, de outro lado, nomeiam-nos de “elementos subjetivos do tipo distintos do dolo”, afirmando que há tipos dolosos em que se exige somente uma congruência simétrica entre os aspectos objetivo e subjetivo; nesses casos, o tipo subjetivo corresponde ao dolo. De outro lado, há tipos em que se exige uma congruência assimétrica, pois exigem mais do que o dolo. Esses tipos penais atrofiados no aspecto subjetivo são os que contêm “elementos subjetivos do tipo distintos do dolo” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 418).

⁴⁴ Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...] (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2018).

querer praticar a conduta descrita no tipo⁴⁷. Nessa direção, Juarez Tavares afirma que a vontade se determina pelas circunstâncias objetivas da realidade social, pelos conhecimentos adquiridos no passado e pela atividade de projeção futura. A ação seria, portanto, resultado dialético desses fatores, regida pela vontade finalista, enquanto que o dolo seria “a vontade diretora da ação típica ou, mais em detalhes, a consciência e vontade em relação aos elementos objetivos pertencentes ao tipo”⁴⁸.

Dessa assertiva, extrai-se que há condutas cuja vontade não está orientada à realização de um tipo delitivo, como ocorre na maioria das ações cotidianas⁴⁹. A voluntariedade, apesar de elemento necessário, não é suficiente para caracterizar a ação típica, vez que se trata de elemento psicológico desprovido de conteúdo⁵⁰. A conduta, além de voluntária, deve estar voltada a uma finalidade que implica a prática de um delito, seja porque o fim almejado é ilícito, seja porque as consequências secundárias ou os meios escolhidos para a prática de um fim penalmente irrelevante são ilícitos⁵¹.

⁴⁵ A vontade seria a (a) faculdade que o ser humano tem de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos, (b) força interior que impulsiona o indivíduo a realizar algo, a atingir seus fins ou desejos, (c) capacidade de escolher, de decidir entre alternativas possíveis, (d) deliberação, determinação, decisão que alguém expressa para que seja cumprida ou respeitada, (e) motivação subjetiva capaz de conduzir de forma moral e refletida a ação humana, em oposição aos desejos e inclinações de caráter meramente afetivo (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1959).

⁴⁶ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1951, p. 27.

⁴⁷ Nesse sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 62, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 57 e TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 14, p. 107-119, 1971, p. 107. Aníbal Bruno define o dolo como um “elemento dinâmico”, composto por uma consciência e uma vontade ativa dirigidas a um fim (BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 57). Apresentando um conceito diferenciado de dolo, Hassemer afirma que é a decisão a favor do injusto e um fato interno não observável (HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Tradução de María del Mar Díaz Pita **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, set./dez. 1990, p. 931). Gutiérrez critica a inclusão do conceito de vontade na definição do dolo, pois é mais amplo e expansivo, não correspondendo à finalidade. O autor propõe a construção da figura do dolo com base no binômio finalidade-conhecimento (GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis**, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 235-260, 2002, p. 239-241).

⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 107.

⁴⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**. 4ª ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 77.

⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 164. O autor também afirma que o Direito Penal recai somente sobre o comportamento humano regido pela dominação volitiva, pois as normas penais são violadas por meio de comportamentos finalísticos. No mesmo sentido, BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 69.

⁵¹ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 63-64.

Nesse sentido, Welzel afirma que a direção final da ação se materializa em duas etapas: na primeira, há a antecipação do fim ao qual o agente se propõe a realizar, a seleção dos meios de ação para a sua consecução e a consideração dos efeitos concomitantes na esfera do pensamento; na segunda, há a realização da ação no mundo fático⁵².

De outro lado, Luisi, apesar de partidário do finalismo welzeliano, divide o processo volitivo em três fases, precedidas pela representação do fim. Na primeira, há o desejo real ou possível, em suas múltiplas facetas, do agente em relação ao objeto; na segunda, há a dúvida – contraposição de motivos e valores –, pois o desejo representa a tendência do agente em direção ao objeto, enquanto que os motivos contrapostos expressam as inconveniências e o conflito com outros objetivos, de modo que se faz necessária uma deliberação; na terceira, há a decisão pela prática ou não do ilícito, sopesando-se os motivos e desejos. Após perquirir as três etapas, a decisão é concretizada pelo agente no mundo fático, tornando-se objetiva⁵³.

Luisi, todavia, esclarece que a ação dolosa nem sempre se mostra de maneira clara e evidente, pois as fases podem ser encurtadas, eliminadas ou transitáveis, fornecendo a essa divisão do processo volitivo em etapas um valor mais didático do que prático⁵⁴.

De outro lado, há os tipos culposos⁵⁵, que, assim como os tipos dolosos, individualizam uma conduta; na medida em que toda conduta depende da vontade e toda vontade está vinculada a uma finalidade, “a conduta que individualiza o tipo culposo terá uma finalidade, da mesma forma que a que individualiza o tipo doloso”⁵⁶.

⁵² WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 2003, p. 66-67. Seguindo essa concepção, veja ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 363-364, para quem “[s]empre que nos propomos a um fim, retrocedemos mentalmente, desde a representação do fim, para selecionar os meios com os quais se irá pôr em marcha a causalidade para a produção do resultado querido. Nessa seleção, não podemos deixar de representar também os resultados concomitantes”.

⁵³ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 86-87.

⁵⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 86-87.

⁵⁵ Para Tavares, o tipo culposo não deve ser dividido em tipo subjetivo e objetivo, como ocorre no tipo doloso, pois “a relação volitiva final não interessa à realidade normativa. A relevância da ação resulta, aqui, de puro juízo objetivo sobre a conduta concretamente realizada e a violação do dever de cuidado, situando-se fora deste juízo a vinculação consciente ou volitiva entre agente e objeto de referência. Portanto, dogmaticamente, não há razão para se incluir, nos delitos culposos, um tipo subjetivo, ainda que nele se busque equacionar a chamada culpa consciente” (TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 296-297). Discordando dessa posição, Zaffaroni e Pierangeli sustentam que, além de possível, é conveniente dividir o tipo culposo em objetivo e subjetivo, “para o efeito de localizar sob um rótulo comum todos os requisitos subjetivos da culpa” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 448).

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 441. Ainda, segundo os autores, o ilícito, nos tipos dolosos, seria a conduta em razão de sua finalidade, enquanto que, nos tipos culposos,

Todavia, o que é proibido pelo tipo culposo não é a finalidade da conduta, mas sim a forma por meio da qual se alcança essa finalidade⁵⁷. O meio escolhido para se alcançar a finalidade penalmente irrelevante necessariamente deve implicar a violação do dever de cuidado⁵⁸, que é verdadeiro “componente normativo do tipo objetivo culposo”⁵⁹, ocasionando um resultado típico não desejado.

Dessa forma, a culpa⁶⁰, prevista no art. 18, II, do CP⁶¹, caracteriza-se por uma conduta negligente, imprudente ou imperita que “determina, involuntariamente, um resultado lesivo ou põe em perigo um bem jurídico protegido pelo direito penal”⁶².

Além disso, a culpa é considerada, no sistema penal brasileiro, como exceção (menos gravosa e, portanto, punida de forma mais branda)⁶³ à regra da criminalidade dolosa, pois,

seria o planejamento da causalidade para a obtenção do fim (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 444). Consoante expõe Velo, “[...] as atitudes negligentes ainda se mostram como finais, seja porque nelas o sujeito mira um fim (este não proibido), seja porque pressupõem a eleição de meios ilícitos (imprudentes, negligentes ou imperitos)”. Tal afirmativa decorre do fato de que Welzel não construiu sua teoria da ação com base na ilicitude do fato, mas sim como linha estrutural para todas as ações humanas (VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 27).

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 441.

⁵⁸ PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 4. Cirino dos Santos aponta Welzel e Jescheck utilizam a expressão “dever de cuidado” para definir a culpa/imprudência, enquanto Roxin emprega o termo “risco permitido” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 86). Conforme observado por Zaffaroni e Pierangeli, não existe um dever de cuidado geral ou genérico, mas sim um específico para cada conduta. Assim, exemplificam que às condutas de dirigir e de demolir um prédio correspondem deveres de cuidado distintos (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 443).

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 445.

⁶⁰ Alguns doutrinadores brasileiros utilizam a expressão “imprudência”, empregada na Espanha, para designar a culpa, em razão da imprecisão do termo, consoante exposto por Cirino dos Santos: “[o] substantivo *culpa* e o adjetivo *culposo* são inadequados por várias razões: primeiro, confundem *culpa*, modalidade subjetiva do tipo, com *culpabilidade*, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de *culpa em sentido estrito* e *culpa em sentido amplo*, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual *crime culposo* parece mais grave que *crime doloso*, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo *imprudência* e o adjetivo *imprudente* exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes *culpa* e *culposo*; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou do risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como *imprudência*” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 83, nota de rodapé n. 1).

⁶¹ Art. 18 - Diz-se o crime: [...] II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2018).

⁶² LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 75.

⁶³ Para Jakobs, defensor da teoria funcionalista radical, a razão de se admitir uma diferenciação de pena entre os crimes dolosos e culposos reside no fato de que, nos crimes dolosos, as consequências da ação são

“salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”⁶⁴. Nada obstante, Cirino dos Santos aponta que a sociedade contemporânea é marcada pela produção generalizada de ações que lesam gravemente a saúde, a vida e o meio ambiente, mas que não são praticadas dolosamente⁶⁵.

A conduta culposa é formada pelo desvalor da ação, que consiste na lesão do dever de cuidado (ou criação do risco não permitido), e pelo desvalor do resultado, que compreende a lesão ou o perigo de lesão do bem jurídico decorrente da violação do dever de cuidado ou da realização do risco não permitido⁶⁶.

A fim de aferir o desvalor da ação, uma parcela da doutrina formulou critérios para verificar a lesão do dever de cuidado ou do risco permitido, como o parâmetro do homem prudente⁶⁷, da informação sobre riscos e abstenção de ações perigosas, da correlação risco-utilidade de ações perigosas e do princípio da confiança⁶⁸.

De outro lado, o desvalor do resultado também é elemento do tipo de injusto, visto que o dever de cuidado é exigível para evitar a produção de resultados ilícitos; caso estes ocorram,

aceitas pelo agente, pois, caso contrário, não atuaria, enquanto que, nos crimes culposos, a aceitação das consequências no momento do fato seria uma questão aberta (JAKOBS, Günther. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 42, n. 2, p. 633-652, mai./ago. 1989, p. 641). De outro lado, Hassemmer, ao teorizar acerca da *ratio* de se sancionar de forma mais severa o crime doloso, afirma que, nesses casos, o autor lesiona não somente o bem jurídico, mas também a norma que impõe a proteção desse bem jurídico. Assim, o perigo aos bens jurídicos penais que deriva de um crime doloso deve ser considerado, *ceteris paribus*, maior que aquele produzido por um crime imprudente (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 917).

⁶⁴ Art. 18, parágrafo único, do CP (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2018).

⁶⁵ Essa ideia está relacionada com a noção de sociedade de risco, abordada brevemente na INTRODUÇÃO.

⁶⁶ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁷ Todavia, a fórmula geral do “homem prudente” ou “homem normal” é criticada por alguns doutrinadores, pois o dever de cuidado deveria ser determinado e especificado de acordo com cada situação jurídico-social do sujeito (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 446).

⁶⁸ Acerca desses critérios, ver SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 88-89. Em síntese, o (a) critério do homem prudente é aquele segundo o qual este é quem é capaz de reconhecer e avaliar situações de risco por meio da observação e reflexão; o (b) critério da informação sobre riscos e abstenção de ações perigosas prevê que o indivíduo deve se informar sobre os riscos de suas ações perigosas; o (c) critério da correlação risco-utilidade verifica se o risco produzido pela conduta do agente tem utilidade social ou individual, sendo que a este há proibição de riscos, ainda que menores, enquanto que, naquele, a margem de permissão é maior; o (d) princípio da confiança ilustra a expectativa que terceiros têm sobre a ação do agente, que deve observar o dever de cuidado.

devem ser produtos específicos da infração ao dever de cuidado e previsíveis no momento da ação⁶⁹.

Ainda, a aferição da culpa ocorre por meio de critérios objetivos fundados na capacidade individual do agente, que pode ser maior ou menor que a medida da definição judicial de culpa, como, por exemplo, nos casos em que, num acidente de trânsito, o motorista é um piloto profissional. De um lado, os critérios objetivos são definidos pelo ordenamento jurídico, constituindo “a moldura típica primária de adequação do dever de cuidado”; de outro, o dever de cuidado indica, do ponto de vista do autor, a conduta exigível do agente para não violar os limites do risco permitido⁷⁰.

Nos tipos culposos, diferentemente dos dolosos, não há a exigência, em todos os casos, de um conhecimento efetivo acerca dos elementos objetivos do tipo; há, assim, um conhecimento potencial (possibilidade de conhecimento). Quanto ao elemento volitivo, este consistiria na escolha de praticar a conduta final (penalmente irrelevante) com o uso dos meios escolhidos (causadores do resultado ilícito)⁷¹.

Em decorrência dos elementos cognitivo e volitivo dos tipos culposos, classifica-se a culpa em consciente e inconsciente: a culpa consciente ocorreria quando o agente possui o conhecimento efetivo do perigo de lesão dos bens jurídicos, mas acredita ou confia que o resultado ilícito não ocorrerá ou que ele poderá evitá-lo⁷²; na inconsciente, o conhecimento é potencial, e não efetivo⁷³, ou seja, o agente não representa concretamente a possibilidade de violação do dever de cuidado ou de produção do risco não permitido. Assim, enquanto na culpa consciente há a representação da possibilidade de lesão do risco permitido ou do dever de cuidado, na culpa inconsciente não existe a representação da possibilidade de realização do tipo penal⁷⁴.

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 87-90. Juarez Tavares entende que “[o] tipo de injusto dos delitos culposos se compõe da ação violadora dos limites do risco autorizado e, geralmente, do resultado e das condições de sua atribuição ao agente. A ação violadora dos limites do risco autorizado corresponde a uma ação perigosa, desaprovada pela ordem jurídica e lesiva aos deveres de cuidado. Por seu turno, a imputação do resultado configura o processo pelo qual se possa traçar, negativamente, a relação entre ação descuidada e resultado, no plano da causalidade e no plano normativo” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2009, p. 277).

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 84-86.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 448.

⁷² CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 450.

⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 95-96.

1.2 COMPONENTES DO DOLO

Na medida em que o dolo é querer concretizar os aspectos objetivos do tipo representados pelo agente⁷⁵, o elemento subjetivo doloso desdobra-se em dois momentos distintos – um de cunho cognitivo (intelectivo) e outro de cunho volitivo⁷⁶. Assim, afirma-se que o dolo é composto por dois elementos, a consciência (componente cognitivo) e a vontade (componente volitivo)⁷⁷, que serão analisados nas subseções seguintes.

1.2.1 Componente cognitivo

Para agir dolosamente, ou seja, para querer concretizar os elementos objetivos do tipo, o agente deve conhecê-los previamente, pois não se pode querer realizar algo sem se saber o que é esse algo⁷⁸. Consoante Cirino dos Santos, deduz-se a exigência do elemento intelectual

⁷⁵ Jakobs critica a definição do dolo enquanto conhecimento e vontade, afirmando que, se o querer deve designar algo dado positivamente no aspecto dos impulsos do comportamento, então falta o querer no âmbito das consequências acessórias. A fórmula descritiva do dolo deveria ser, então, que dolo é o conhecimento de que a realização do tipo depende da execução querida da ação, ainda quando não seja querida por si mesma, ou seja, o dolo seria o conhecimento da ação junto com suas consequências (JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de Joaquín Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 315-316).

⁷⁶ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁷ Muñoz Conde e Mercedes García Arán advertem que, apesar de o dolo poder ser definido como a consciência e a vontade de realizar o tipo objetivo de um delito, esse conceito unitário de dolo não é facilmente aplicável a alguns casos em que a fronteira entre o dolo e a culpa não estão bem definidas (MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Op. cit.*, p. 284).

⁷⁸ Giuseppe Maggiore sustenta que não basta previsão (conhecimento) sem vontade, e tampouco vontade sem previsão, pois esta seria cega, enquanto que aquela seria vazia, não podendo o Direito contentar-se com nenhuma das duas. Ainda, a previsão sem vontade poderia dar lugar à culpa, caso estivesse caracterizada a negligência, a imprudência ou a imperícia (MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Tradução de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971, v. 1, p. 576-577). Em sentido semelhante, Nelson Hungria assevera que não basta, para a configuração do dolo, a representação, vez que ela nada diz sobre a atitude psíquica do agente em relação ao resultado (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2, p. 114-115).

(cognitivo) da regra sobre o erro de tipo: na medida em que o erro sobre uma elementar do tipo penal exclui o dolo, o conhecimento dessa circunstância necessariamente o integra⁷⁹.

O conhecimento exigido para o dolo abrange os aspectos que tornam a conduta típica, sejam aspectos presentes, como a vítima, o documento, etc., sejam aspectos futuros, como o curso causal e o resultado⁸⁰. Dentro desse quadro cognitivo, o sujeito antecipa o fim e prevê os meios que devem ser empregados para alcançá-lo, o modo como esses meios devem ser utilizados e as consequências certas e possíveis decorrentes de sua conduta⁸¹.

Não se exige o conhecimento acerca dos elementos pertencentes à antijuridicidade, à culpabilidade e à punibilidade⁸², nem do resultado qualificador dos tipos qualificados pelo resultado⁸³, vez que o elemento subjetivo se encontra no plano da tipicidade. A fim de ilustrar essa assertiva, Zaffaroni e Pierangeli trazem o exemplo do crime de bigamia, previsto no art. 235 do CP, afirmando que são dolosas tanto a conduta de quem contrai novo casamento, já sendo casado e sabendo ser ilícita sua ação, quanto a conduta de quem pratica exatamente a mesma ação, mas sem se questionar acerca de eventual proibição que recai sobre ela, podendo, inclusive, não se importar com essa proibição. Assim, afirmam que o conhecimento dos elementos do tipo objetivo e o da ilicitude da conduta possuem natureza distinta, porquanto este é potencial – seria um “não conhecimento”, já que é somente uma possibilidade; aquele, efetivo e atual⁸⁴.

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 62-63. No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 396; p. 398.

⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 64. No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 423. Todavia, Zaffaroni e Pierangeli alertam que a previsão da causalidade ou da produção do resultado não precisa ser exata e detalhada, na medida em que estão suscetíveis à interrupção ou ao desvio. Jescheck apresenta uma ideia mais ampla que a de Cirino dos Santos, afirmando que o conhecimento do agente deve referir-se aos elementos do tipo situados no passado, no presente e no futuro (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 398-399).

⁸¹ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 63-64.

⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 57. Em igual sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 187; ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 421; FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. Tipos penais incriminadores que preveem elementos subjetivos especiais: a (in)suficiência do dolo eventual. In: MOURA, João Batista Oliveira de (coord.). **Culpa, dolo e culpabilidade**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 195.

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 64.

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 421-422. Ainda sobre a prescindibilidade do conhecimento da ilicitude para a caracterização do dolo, os autores afirmam que “[o] ‘dolo’ que abrangesse o conhecimento ou a ‘consciência’ da antijuridicidade possuiria um fardo heterogêneo: conhecimentos objetivos e possibilidade de conhecimentos. A nossa lei segue o critério do dolo sem o conhecimento da antijuridicidade, e, em razão disso, adota um conceito de dolo que não rompe

Na mesma direção, Reinhart Maurach sustenta que o caráter doloso da ação não é determinado pelo fato de o autor conhecer a proibição contida na norma penal, pois a ação continua sendo dolosa nos casos em que o sujeito, por esforço de sua consciência, poderia ter conhecido o caráter ilícito de sua conduta⁸⁵. Dessa forma, o dolo não abriga o juízo de reprovabilidade da ação, pertencente ao plano da culpabilidade, que “é um passo posterior à averiguação do injusto (conduta típica e antijurídica), pois o dolo integra o injusto como uma característica da tipicidade dolosa”⁸⁶.

O conhecimento exigido pelo dolo diz respeito tão somente aos elementos descritivos do tipo (coisa, pessoa, gestante, criança, etc.), entendidos como realidades concretas apreendidas pelos sentidos, e aos elementos normativos do tipo (arma, documento, funcionário público, etc.), compreendidos como conceitos jurídicos determinados pelo legislador, que dependem de juízo valorativo⁸⁷. Estão excluídos do âmbito de abrangência do conhecimento, portanto, os elementos subjetivos especiais do tipo⁸⁸.

Acerca dos elementos normativos, aponta-se que não se exige, para fins de caracterização do dolo, uma exata subsunção jurídica dos conceitos empregados pela lei, bastando que o sujeito conheça o significado social do elemento componente do tipo penal; exige-se, portanto, “uma valoração paralela à esfera do profano”⁸⁹.

o vínculo com os dados ôntico-ontológicos que fundamentam a captação da conduta proibida” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 422).

⁸⁵ MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1, p. 306.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 422.

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 64. Welzel aponta que, em relação às circunstâncias do fato, a lei descreve uma determinada conduta humana no contexto social, como matar alguém ou apropriar-se de coisa alheia móvel. O ser em que tem lugar essa conduta não é uma realidade naturalística, carente de sentido, mas uma realidade social, carregada de significação e permeada de relações nesse sentido. Uma parcela dos componentes dessa realidade (social) pode ser apreendida diretamente, por meio dos sentidos; a outra, somente intelectualmente (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 90). O autor, dessa forma, distingue os elementos descritivos e normativos do tipo, sendo que ambos, enquanto circunstâncias do fato, devem ser abrangidos pelo componente cognitivo do dolo.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general**. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 477.

⁸⁹ Essa expressão é atribuída originalmente a Mezger, conforme ROXIN, Claus *Op. cit.*, p. 460; MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. *Op. cit.*, p. 285. Nesse sentido, Aníbal Bruno afirma que, nos casos em que a lei penal emprega termos jurídicos, não se exige que o agente represente, em seu espírito, esses conceitos em termos técnicos, mas sim em seu sentido vulgar, ou seja, da maneira como são compreendidos na linguagem comum (BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 66). Roxin ainda assevera que raramente existem elementos puramente normativos e puramente descritivos, sendo ambas as formas de conhecimento necessárias na maioria das circunstâncias do fato, vez que os elementos descritivos devem

Outrossim, o conhecimento deve ser atual ou atualizável: é atual quando focalizamos nossa atividade consciente sobre um objeto; atualizável, quando, no momento da ação, não focalizamos nossa consciência sobre o objeto, mas, se pensarmos nele, o conhecimento torna-se atual⁹⁰. O conhecimento atualizável, portanto, trata-se de um conhecimento latente (ou de uma “coconsciência não reflexiva”)⁹¹, que se torna plenamente atual no momento em que focalizamos nossa atividade consciente sobre ele.

Esse conhecimento também deve ser efetivo, ou seja, não basta a mera possibilidade de conhecimento (conhecimento potencial)⁹². O agente deve saber, de maneira real e concreta, que pratica os elementos objetivos do tipo penal, caso contrário a vontade do agente não estará dirigida ao fim ilícito⁹³. Todavia, isso não implica a necessidade de uma consciência refletida⁹⁴, expressa verbalmente, nem de um conhecimento exato acerca de cada particularidade do tipo, pois, quanto aos elementos normativos, basta o conhecimento da significação social dada ao elemento objetivo⁹⁵.

A intensidade da consciência varia de acordo com a forma como o agente, no momento da ação, representa as circunstâncias formadoras do tipo objetivo – se como objetivo final, como meio para outro objetivo ou como circunstâncias que acompanham a conduta a ser praticada⁹⁶. Nesse sentido, Roxin afirma que devem ser afastadas posições extremas acerca do grau de precisão do conhecimento no dolo: de um lado, não se pode exigir do agente que reflita conscientemente sobre cada um dos elementos do tipo, vez que, de acordo com a Psicologia, a atuação das pessoas não está guiada preponderantemente pela

ser percebidos sensorialmente e seu conteúdo normativo deve ser compreendido (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 460).

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 420-421.

⁹¹ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 78.

⁹² Segundo Welzel, não é suficiente que o autor conheça potencialmente as circunstâncias do fato, ou seja, que tenha sido possível aflorá-las em sua consciência. Ele deve ter consciência delas no momento de sua ação, tendo-as representado. O que poderia variar seria a intensidade da consciência, a saber se se trata do fim, dos meios ou de uma circunstância concomitante (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 78). Ainda, Joaquín Cuello afirma que, nos casos em que o autor não representa a possibilidade de realização do tipo objetivo, não se pode imputar-lhe dolo, pois esse resultado não é resultado de uma ação dirigida à sua produção, sendo mera finalidade “potencial”. Para o autor, o requisito mínimo que fundamenta a responsabilidade por um delito doloso é a ação finalmente dirigida à produção do resultado típico (CUELLO, Joaquín. *Op. cit.*, p. 95, 99).

⁹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 420.

⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 62-63.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 58. No mesmo sentido, FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. *Op. cit.*, p. 196.

⁹⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 108.

premeditação ponderada, mas por instintos e emoções; de outro, não basta para o dolo somente uma consciência potencial⁹⁷.

Para o autor, a posição intermediária seria a defendida por Welzel⁹⁸, qual seja, a da coconsciência, que deve ser compreendida como aquela na qual não se presta atenção no objeto explicitamente, mas que é coconhecida com outro conteúdo de consciência no qual se presta atenção e no qual necessariamente deve prestar-se atenção de modo implícito⁹⁹.

Exemplificando a questão relativa à coconsciência, Zaffaroni e Pierangeli analisam o revogado art. 217 do CP, relativo ao crime de sedução, afirmando que o sujeito ativo não precisa pensar na qualidade de mulher do sujeito passivo, no momento da ação, pois essa circunstância seria evidente e obrigatoriamente percebida. Para os autores, há conhecimentos que são indissociáveis de outros nos quais pensamos no momento da ação, “o que significa que quando focalizamos a consciência sobre alguns objetos há um copensar em outros, que não podem ser separados dos anteriores”¹⁰⁰, sendo prescindível que se pense expressamente nos objetos copensados.

1.2.2 Componente volitivo

Para fins de caracterização do dolo, não basta a mera representação dos elementos objetivos do tipo pelo agente, vez que o saber não conduz à ação finalística. O elemento cognitivo é, em verdade, pressuposto do elemento volitivo, pois o agente somente pode querer realizar algo se conhece esse algo¹⁰¹.

⁹⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 471-472.

⁹⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 78.

⁹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 472. Para Jakobs, a coconsciência seria os complementos que a experiência aporta ao conteúdo da representação desencadeada pela percepção, como, por exemplo, os papéis principais do agente (esposo, tutor, funcionário público, etc.), as circunstâncias ambientais do fato (tempo de guerra, templo, etc.) e as características essenciais da vítima conhecidas anteriormente (limites etários nos delitos contra a liberdade sexual). Nada obstante, Jakobs se mostra contrário à tese de que bastaria uma coconsciência acerca das elementares do tipo, afirmando que, do esquematismo de um coperceber, não se pode deduzir a coconsciência ou a consciência objetivo-conceitual, pois, em cada caso particular, deve-se comprovar se as ações e reações psíquicas do agente alcançaram o terreno da consciência (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 317-318).

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 421.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 59.

O elemento volitivo pressupõe uma vontade incondicionada, ou seja, uma decisão já tomada pelo agente¹⁰², de modo que a dúvida quanto ao querer afasta a perfectibilização do dolo¹⁰³. Essa vontade incondicionada deve concretamente dirigir-se à realização do tipo penal, porquanto o querer doloso corresponde ao querer realizar o tipo, e não desejar ou ambicionar que ele se realize por outros meios que não sua própria conduta.

O agente deve atribuir a si uma real possibilidade de influência sobre o fato, pois, caso não o possa fazer, não se caracteriza a vontade (o querer realizar). É justamente a capacidade concreta de influência sobre o fato que atribui, ao elemento volitivo, um caráter realístico e não abstrato¹⁰⁴.

Por conseguinte, o querer doloso não se confunde com o desejo ou a esperança de que o tipo se concretize, pois desejar não é querer, seja sob o ponto de vista psicológico, seja sob o ponto de vista penal¹⁰⁵. O fato ilícito deve ser causado pela ação ou omissão do agente, de modo que, para se imputar a prática de homicídio a alguém, não basta que o sujeito deseje a morte da vítima, aguardando o dia em que ela sofra um acidente fatal – para o qual não contribuiu –, devendo o sujeito querer matá-la e agir nesse sentido. O querer doloso possui um significado ativo, de querer mudar algo, enquanto que o desejar possui um sentido passivo, de esperar que o resultado aconteça¹⁰⁶.

Tampouco a vontade se confunde com os motivos para praticar o crime, pois o fim, bom ou mau, ao qual se propõe o agente é alheio à noção de dolo, bastando a este a vontade de causar um resultado proibido¹⁰⁷.

¹⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 63.

¹⁰³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 109. Em sentido idêntico, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 109-110. No mesmo sentido, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 63, que afirma que a vontade dolosa deve conter duas características: ser incondicionada e ser capaz de influenciar o fato, não se cingindo a ser mero desejo ou esperança do autor. Assim, o resultado típico deve ser “obra do autor”.

¹⁰⁵ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 578. Aníbal Bruno afirma que a vontade não consiste em desejo ou aspiração, mas em “um querer ativo que se projeta no mundo exterior, através da ação, para produzir o resultado” (BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 70).

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362. Para Tavares, somente existe vontade quando o agente “efetivamente executa aquilo a que se propôs, ou quando, embora não o faça, assim mesmo o executaria caso atuasse ou de qualquer modo o executará, quando agir” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2009, p. 222).

¹⁰⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 582. Destaca-se que os motivos para praticar o crime são circunstâncias subjetivadoras, apesar de não serem elementares do tipo, sobre os quais recai a maior ou menor reprovabilidade da conduta (MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 102). Essa reprovabilidade está representada na dosimetria da pena.

Welzel aponta que o querer é gramaticalmente um verbo auxiliar, por si só impreciso, que depende de um verbo principal para sua definição; na medida em que o Direito Penal proíbe a realização do tipo, o querer penalmente relevante é a vontade de realização do tipo e, obrigatoriamente, corresponde a querer realizar¹⁰⁸. Na mesma direção, Cirino dos Santos aponta que o querer, que exprime a vontade humana, “é um verbo auxiliar que necessita de um verbo principal para explicitar seu conteúdo; neste caso, o verbo *querer* deve ser completado com o verbo *realizar*, porque o Direito Penal proíbe *realizar* crimes”¹⁰⁹.

Uma vez que se tratam de conceitos distintos e independentes, é possível o agente ter vontade sem desejo e desejo sem vontade: o sujeito que pratica um roubo para obter o dinheiro da vítima quis praticar a ação, mas, tendo sido coagido por terceiro a fazê-lo, não desejou que essa ação ocorresse; de outro lado, um sujeito pode desejar a morte de seu parente para herdar o seu patrimônio, mas não dirigir sua ação para matá-lo¹¹⁰, esperando que o acaso o faça.

Destaca-se que, por conta da prescindibilidade do desejo para fins de caracterização do dolo, não se emprega a palavra “vontade” em seu sentido coloquial, pois este encontra, justamente, sua pedra de toque no dolo eventual: como se pode afirmar que o agente quis (no sentido de desejar) o resultado que sequer era previsto como certo?

Em razão desse problema, Díaz-Aranda afirma que surgiu a necessidade de formular um conceito de vontade apropriado ao Direito Penal, partindo de uma perspectiva externa, em vez de uma concepção interna da Psicologia¹¹¹. Dessa forma, fixou-se a premissa de que a vontade não corresponde ao desejo, ou ao sentido profano da palavra¹¹², tratando-se, em linhas gerais, do pertencimento, desejado ou não, previsto como certo ou possível, da lesão ou perigo de lesão do bem jurídico à execução do objetivo do agente, seja este lícito ou ilícito¹¹³.

Exemplificativamente, mencionam-se os arts. 59, 61, II, “a”, 65, III, “a” (parte geral) e 121, §§ 1º e 2º, I, II, 122, parágrafo único, I, (parte especial) do CP.

¹⁰⁸ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 79.

¹⁰⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 63, grifos do original. Welzel afirma que o componente volitivo, enquanto vontade de realização, é incondicionado, pois, caso fosse condicionado, o agente ainda não teria decidido, o que não é dolo sob nenhuma perspectiva (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 79).

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362.

¹¹¹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. *Criminalia*, México, v. 63, n. 2, p. 47-64, mai./ago. 1997, p. 58.

¹¹² Ver nota de rodapé n. 45.

¹¹³ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 58.

Observa-se, ainda, que a vontade implica, necessariamente, uma finalidade, “porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade”¹¹⁴.

Enquanto Maurach afirma que a vontade de ação e o dolo são equivalentes, visto que o dolo seria a finalidade dirigida à realização do tipo objetivo¹¹⁵, Tavares sustenta que “[a]gir volitivamente, em sentido genérico, não corresponde à realidade do atuar doloso”¹¹⁶; nada obstante, trata-se de um aparente conflito de ideias, pois Maurach equipara o dolo à vontade de ação no contexto dos delitos dolosos, em sentido específico, o que vai ao encontro da posição defendida por Tavares, no sentido de que agir dolosamente implica realizar o tipo penal.

Dessa forma, analisando de forma contextualizada as duas afirmações, percebe-se que elas não são contraditórias: nem toda ação regida pela vontade corresponde ao agir doloso, mas, no contexto dos crimes dolosos, essa afirmação torna-se verdadeira, pois, caso não houvesse correspondência entre eles, não se poderia imputar a prática do crime doloso ao agente.

Exemplificativamente, menciona-se a conduta de dirigir um automóvel. Se o sujeito simplesmente conduz o veículo com o intuito de locomover-se, ele pratica volitivamente uma ação, mas que não produz nenhum resultado ilícito e, portanto, não é dolosa. De outro lado, se o sujeito conduz o veículo para atropelar o seu inimigo, o seu agir está direcionado à prática de um ilícito. Na medida em que pratica um crime dolosamente, a sua vontade de ação, naquele contexto, necessariamente corresponde ao dolo, pois, caso contrário, não se poderia falar em crime doloso.

O componente volitivo adquire sua “forma terminativa”¹¹⁷ quando se traduz “em atos externos, encadeados causalmente, no sentido da efetivação do resultado proposto, ou, quando

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362. Complementando essa ideia, os autores afirmam que não existe vontade sem conteúdo, porque isso seria inimaginável, absurdo e fruto de uma posição idealista (ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 363). Em mesmo sentido, Faria Costa sustenta que a vontade pressupõe, inequivocamente, uma determinada finalidade. O resultado seria o sinal de projeção da vontade, ganhando relevância para a ordem jurídica (FARIA COSTA, José de. *Op. cit.*, p. 8).

¹¹⁵ MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p. 302-303; p. 308-309.

¹¹⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2009, p. 224.

¹¹⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2009, p. 223. Para Tavares, a manifestação externa da conduta não é um simples resultado da atividade mental, ou seja, da conjugação dos elementos cognitivo e volitivo, mas sim sua forma terminativa. Logo, não seria correto separar a espiritualidade e a causalidade em duas instâncias distintas, pois, apesar de uma não se reduzir à outra, “[a] vida espiritual, como atividade psíquica da pessoa,

não realizando os atos devidos, não impede que o curso causal faça sobrevir o resultado que é conteúdo do seu querer, isto é, o fim querido”¹¹⁸, momento no qual o dolo se objetiva e ganha relevância penal¹¹⁹.

Visto que o elemento volitivo pressupõe o elemento cognitivo, eles fundem-se dialeticamente aos graus de intensidade da consciência, que variam de acordo com a forma como o agente representa as elementares do tipo – como objetivo final, como meio para alcançar outros objetivos ou como consequências paralelas ao fato¹²⁰; dessa relação de maior ou menor intensidade entre os elementos cognitivo e volitivo, classificam-se as espécies de dolo, objeto de análise da subseção seguinte.

1.3 ESPÉCIES DE DOLO

De acordo com a redação do Código Penal brasileiro, o dolo pode ser direto (art. 18, I, primeira parte, do CP) ou eventual (art. 18, I, segunda parte, do CP)¹²¹. Nada obstante, a doutrina apresenta uma classificação tripartida do dolo em dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual¹²², conforme o grau de intensidade com que se

existe, é um dado real e sensível, mas a vontade, compreendida como um fenômeno, não pode ser apreendida senão quando se manifesta na condução de uma atividade material”.

¹¹⁸ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 64.

¹¹⁹ Nesse sentido, Joaquín Cuello assevera que, constatada a realização da ação dolosa, enquanto ação valorada pelo ordenamento jurídico como apta a lesionar o bem jurídico, realiza-se o injusto doloso em sua totalidade (CUELLO, Joaquín. *Op. cit.*, p. 86). Hassemer estabelece a relação do aspecto interno do agente com o aspecto externo, afirmando que o dolo caracteriza fenômenos internos do indivíduo, que se referem ao acontecer externo, sendo que o substrato do elemento subjetivo reside na vontade e na representação da pessoa, e não naquilo que é externo a ele. Tal constatação decorre de um sistema de Direito Penal no qual se diferencia o injusto e a culpabilidade, e a caracterização de elementos subjetivos e objetivos pressupõe essa distinção prévia entre o interno e o externo (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 917).

¹²⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 109-110.

¹²¹ Para Cirino dos Santos, não é conveniente a definição legal das categorias científicas, pois se corre o risco de estabelecer conceitos problemáticos e defeituosos. Nesse sentido, o autor aponta que esse é o caso da lei penal brasileira, pois define o dolo direto como “querer o resultado”, quando, em realidade, há resultados não queridos e lamentados pelo agente, mas praticados com dolo direto; o dolo eventual, como “assumir o risco”, que reduz o conceito de dolo ao aspecto volitivo (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 65).

¹²² Sobre o assunto, ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales**, Buenos Aires, v. 1, n. 3, p. 355-386, 1972, p. 358. Há quem critique a criação de espécies de dolo, como Ragués i Vallès, pois seria somente uma forma de ampliar o

realizam os elementos cognitivo e volitivo no momento da conduta. De qualquer modo, trata-se de “uma simplificação e [de] uma redução dos complexos processos psíquicos que ocorrem na mente do sujeito com relação aos elementos objetivos do tipo”¹²³, sendo difícil resumi-los a um simples conceito.

Por conta disso, rechaça-se a adoção de outras terminologias e classificações, como dolo de ímpeto¹²⁴, dolo alternativo¹²⁵, dolo determinado¹²⁶, dolo indireto¹²⁷, dolo específico ou genérico¹²⁸, pois, além de tornarem a matéria mais heterogênea e assistemática, podem ser enquadradas nas três espécies mencionadas (dolo direto de primeiro e segundo grau e dolo eventual), tornando essa ramificação desprovida de justificativa científica¹²⁹.

Apesar de a pena ser a mesma em se tratando de qualquer das espécies de dolo¹³⁰, a tripartição conceitual é vantajosa, pois “permite agrupar diferentes conteúdos da consciência e da vontade em distintas categorias dogmáticas, conforme variações de intensidade dos elementos intelectual e volitivo do dolo e, portanto, de comprometimento subjetivo do autor com o tipo de crime respectivo”¹³¹.

conceito e não punir como crime culposos fatos que parecem mais graves (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155, nov./dez. 2007, p. 131).

¹²³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 59.

¹²⁴ O dolo de ímpeto ocorreria quando a ação segue imediatamente a intenção, decorrente de uma reação imprevista ou de um impulso passional instantâneo e cego (MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 593).

¹²⁵ Haveria dolo alternativo quando, para o agente, podem resultar da sua ação dois resultados típicos, mas de maneira alternativa, e não simultânea (PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 142). Nesse sentido, Cirino dos Santos afirma que “[t]odas as espécies de dolo podem existir sob a forma de dolo alternativo, caracterizado por uma ação com alternativas típicas excludentes” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 79).

¹²⁶ O dolo determinado estaria configurado quando a intenção se dirige, inequivocamente, à prática do delito cometido (MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 587).

¹²⁷ É a forma como alguns autores denominam o dolo direto de segundo grau, também conhecido como dolo das consequências necessárias. Refere-se aos “[...] fatos cuja superveniência, no curso da marcha ordenada da causalidade, o agente previu como necessariamente ocorrentes, mas não os desejou, tendo-os, simplesmente, admitido como necessários para atingir a meta visada” (LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 67).

¹²⁸ O dolo seria genérico quando o tipo penal não exige nenhum elemento subjetivo especial do tipo; de outro lado, seria específico quando o exige (MAGGIORE, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 585). Segundo a terminologia empregada por Zaffaroni e Pierangeli, no primeiro caso, haveria uma congruência simétrica entre os elementos subjetivos e objetivos do tipo; no segundo, assimétrica (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 418).

¹²⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 108.

¹³⁰ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 106.

¹³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 66. Entretanto, Roxin critica a separação entre dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau, afirmando que é correto e importante o reagrupamento das categorias, em contraposição ao dolo eventual, pois quando a lei restringe

Ademais, conforme se demonstrará nas subseções seguintes, a tripartição do dolo concilia a teoria do tipo com a teoria da ação, na medida em que o substrato das espécies dolosas está umbilicalmente ligado ao fim proposto pelo agente, à escolha dos meios para alcançar o fim e às consequências necessárias e possíveis da conduta¹³².

1.3.1 Dolo direto de primeiro grau

No dolo direto de primeiro grau, o agente almeja realizar exatamente a conduta proibida no tipo penal, seja ela um resultado, nos delitos de resultado, ou uma ação, nos delitos de mera atividade¹³³. A realização do tipo penal é o objetivo finalístico e objeto da vontade direta e primária do agente, como, por exemplo, nos casos em que ele quer matar seu inimigo e direciona sua ação nesse sentido¹³⁴. O conteúdo do dolo é, então, o próprio fim proposto pelo autor; entretanto, esse fim pode, indiferentemente, ser o fim último, o motivo ou o fim intermediário da ação¹³⁵.

Observa-se, ainda, que o indivíduo representa o seu objetivo como certo ou somente como possível¹³⁶, pois, no dolo direto de primeiro grau, o elemento volitivo é mais intenso do que o cognitivo, apesar de este ser indispensável¹³⁷. Assim, os resultados conscientemente

expressamente a punibilidade ao dolo direto, estão abarcados o dolo direto de primeiro e segundo graus, isentando de pena somente o dolo eventual (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416).

¹³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 66-67. Para Jakobs, as consequências principais são aquelas pelas quais o autor age – ou seja, age por conta da realização do tipo ou de suas consequências –, sendo essa antecipação da realização do tipo condição suficiente para a ação. De outro lado, o âmbito das consequências necessárias compreende os casos em que o autor age com a consciência da realização do tipo, sem que essa consciência seja também conteúdo de sua vontade, tomando, pois, como dependente da vontade, apesar de não ser a razão do seu agir (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 315).

¹³³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 59.

¹³⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 110.

¹³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 67.

¹³⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 189. Em idêntico sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 402 e ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 418. Caso o resultado não seja atingido, estará configurada a tentativa dolosa.

¹³⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 402. Conforme aponta Roxin, a representação deve ser suficiente para que haja um possível risco juridicamente relevante e, portanto, a imputação de um resultado (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 418). Todavia, HASSEMER afirma que o elemento da cognoscibilidade é irrelevante para a constituição do dolo direto, pois a ação dolosa seria vontade. Logo, o componente cognitivo seria simplesmente uma condição necessária da decisão, porque somente se pode falar em decisão quando o indivíduo sabe o que assume (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 920).

causados e desejados sempre são praticados com dolo direto de primeiro grau, ainda que sua produção seja incerta ou de pequena probabilidade¹³⁸. Exemplificativamente, menciona-se o caso de um sujeito que realiza um disparo à grande distância: se persegue esse resultado e atinge o alvo, concorre, de todos os modos, um fato doloso consumado¹³⁹.

1.3.2 Dolo direto de segundo grau

Diferentemente do dolo direto de primeiro grau, no dolo direto de segundo grau, também conhecido como dolo das consequências necessárias, a vontade não está voltada diretamente às circunstâncias típicas. Estas compreendem os meios necessários para o alcance do objetivo final e as consequências secundárias, que são certas ou necessárias, decorrentes do uso dos meios escolhidos e do alcance do fim¹⁴⁰; nesse caso, o agente toma o resultado típico como vinculado ao fim ou aos meios empregados¹⁴¹. Para Gimbernat Ordeig, há dolo direto de segundo grau quando o resultado não é o fim da ação do agente, podendo, inclusive, dizer-se que ele não “quer” o resultado, mas sabe que ele está necessariamente vinculado ao que persegue de maneira direta¹⁴².

¹³⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 415.

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416. Com igual entendimento, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 189; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 80. Entretanto, Luís Greco afirma que, no caso de disparo à longa distância, não haveria dolo, pois, num Direito Penal do fato, uma mera vontade não equivale ao domínio. No caso, o agente queria o que não dominava, logo isso não geraria uma necessidade de prevenção ou responsabilização, sustentando que “o fato não é tão perigoso” e que “a eventual ocorrência do resultado se dá em parte por acaso” (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Em: Silva Dias u.a. (Hrsg.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903, p. 895).

¹⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 110-111. Para Roxin, o dolo direto de segundo grau abarca todas as consequências não perseguidas pelo agente, desde que sejam previstas como de produção certa (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 415).

¹⁴¹ Nesse sentido, Shecaira expõe que “[a]tuar com dolo direto de segundo grau significa dizer que o resultado não é um fim da ação do sujeito; pode até se dizer que não quer o resultado; mas sabe que está vinculado necessariamente ao que perseguiu de maneira direta” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 226).

¹⁴² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 359. Welzel afirma que, se o autor considera como praticamente certo que o resultado concomitante se produzirá com o emprego do meio por ele escolhido ou com o alcance do resultado, a vontade de ação também abarca essa consequência, porque está necessariamente conectada com o fim e com o meio, de acordo com a representação do autor (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 81).

As consequências certas ou necessárias podem ser indiferentes ou indesejadas pelo agente, pois “os efeitos secundários (conseqüências, circunstâncias ou resultados típicos) da ação reconhecidos como *certos* ou *necessários* pelo autor são atribuíveis como *dolo direto de 2º grau*, ainda que indesejados ou lamentados por este”¹⁴³, devendo ser entendidos como “fatores causais necessários”¹⁴⁴ à obtenção do fim.

Assim, a desaprovação do resultado ilícito é compatível com o dolo¹⁴⁵, vez que o agente o representa como necessário ou certo para o alcance do fim – ainda que o lamente, ele age em direção à sua produção, pois, ao ponderar as razões e contrarrazões de agir, considera que o alcance do fim é superior à não produção das consequências não desejadas¹⁴⁶.

Por conta disso, Cirino dos Santos afirma que a fórmula legal de “querer o resultado”, prevista no art. 18, I, primeira parte, do CP, é imprecisa e defeituosa¹⁴⁷, visto que o dolo direto também abrange os casos nos quais o agente não “deseja” o resultado, desaprovando-o internamente, mas ainda assim o produz¹⁴⁸.

¹⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 68-69, grifos do original. Utiliza-se a conjunção alternativa “ou” com as palavras “certos” e “necessários” em razão de o dolo direto de segundo grau também estar caracterizado em relação àquelas consequências acessórias cuja produção não é segura, mas está necessariamente ligada com a consequência principal. No famoso “caso Thomas”, de 1875, o autor colocou uma carga de explosivos dentro da embarcação, com o objetivo de que a explosão ocorresse durante a viagem e afundasse o navio e, assim, recebesse os valores da companhia de seguro; no caso, ele sabia que, caso ocorresse a explosão, inevitavelmente morreriam os tripulantes e os passageiros. Ainda que não estivesse completamente seguro de que a bomba explodiria, sabe que, caso isso acontecesse, a morte de todos seria certa, logo agiria com dolo direto de segundo grau (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 423-424). Nesse sentido, Jakobs afirma que o requisito da certeza não implica que o autor deva descartar a possibilidade de não acontecimento do resultado, bastando que essa possibilidade não seja de intensidade relevante para a decisão (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 324).

¹⁴⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 111.

¹⁴⁵ Jakobs afirma que, para o dolo, é indiferente a aprovação interna do autor (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 324-325).

¹⁴⁶ Por conta disso, é impreciso o conceito de dolo direto de segundo grau de Callegari, vez que o define como “o não se agradar com o resultado, mas agir com a convicção de que ele irá ser produzido” (CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 102). Diferentemente do que entende o autor, não necessariamente o agente vai se desagradar com o resultado produzido, podendo ser indiferente a ele. O ponto fundamental é que, seja com desagrado ou com indiferença, o agente atua com dolo, na medida em que decide agir como forma de alcançar o fim último de sua ação.

¹⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 65.

¹⁴⁸ Isso remete ao problema, exposto por Ingeborg Puppe, de determinação do significado legal de “querer”, pois pode ser um querer psicológico – nos casos em que o agente efetivamente desejou a consequência – ou normativo – no caso do dolo direto de segundo grau, em que o agente internamente pode até não “querer” provocar a consequência, mas sabia que ela necessariamente ocorreria com a sua conduta (PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 31, ss). Para a autora, o dolo deve ser compatível com a desaprovação

Ainda, em decorrência da possibilidade de desaprovação interna do resultado, aponta-se que o elemento cognitivo, no dolo direto de segundo grau, ganha mais intensidade, em comparação ao dolo direto de primeiro grau, pois o que determina se o resultado é querido ou não pelo agente não é seu desejo primário de realizá-lo, mas sim a consciência de que sua produção é certa ou necessária e, apesar disso, há atuação nesse sentido. Conforme aponta Juarez Tavares, “[a] ligação necessária entre as conseqüências e o emprêgo dos meios ou o alcance do fim é que possibilita estender-se a elas a vontade de realização do autor”¹⁴⁹.

Como exemplo, pode-se citar o caso do sujeito que instala uma bomba no local em que está seu alvo e terceiros. Se sabe, com certeza, que a bomba também causará, além da morte de seu alvo, a morte das pessoas que estão ao redor, pode-se qualificá-la como querida, pois sabia que necessariamente elas ocorreriam e, ainda assim, instalou a bomba no local¹⁵⁰.

1.3.3 Dolo eventual

O dolo eventual seria “uma das nuances do tipo doloso”¹⁵¹ e, assim como o dolo direto de segundo grau, relaciona-se às conseqüências da conduta do agente ou do emprego dos meios escolhidos. Contudo, a diferença radica no fato de que, neste, as conseqüências são representadas como certas ou necessárias; naquele, como possíveis ou eventuais. Assim, a relação de necessidade ou possibilidade de ligação entre as conseqüências e o emprego dos meios ou o alcance do fim é o que delimita, no aspecto cognitivo, a divisão entre o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual¹⁵². Como exemplo, ilustra-se o caso do indivíduo que apresenta sinais de uma doença venérea, mas não tem certeza sobre sua infecção e, conseqüentemente, sobre um possível contágio. Apesar disso, mantém relações sexuais, sem proteção, assumindo o risco de produzir um resultado lesivo ao companheiro¹⁵³ – age, pois, com dolo eventual.

interna do resultado e, por conta disso, formula um conceito normativo de dolo, definindo-o como criação voluntária de um perigo doloso.

¹⁴⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 112.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416.

¹⁵¹ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁵² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 112.

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 434.

Observa-se, nesse sentido, que o que é eventual não é o dolo, mas sim a ocorrência do resultado proibido. No momento em que o agente representou a possibilidade de que as consequências típicas se concretizassem e, ainda assim, atuou para tanto, ele as incluiu na sua vontade de realização, conformando-se com a sua produção ou sendo indiferente a ela; logo, agiu dolosamente. Contudo, a aceitação não é “do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade”¹⁵⁴.

Por conta disso, critica-se a adoção dos termos “dolo condicionado” ou “dolo indeterminado” para referir-se ao dolo eventual.

Em relação à denominação “dolo condicionado”, o problema é que o que depende de eventualidades ou condições incertas é a produção do resultado, e não o dolo – o agente quer executar seu projeto, ainda que acabe, porventura, realizando o tipo¹⁵⁵. Caso se adote o sentido preciso da palavra “condicionado”, essa modalidade dolosa não seria penalmente relevante, vez que o agente não estaria decidido, mas somente inclinado ao fato, não atuando dolosamente.

Quanto à denominação “dolo indeterminado”, ressalta-se que o dolo é sempre determinado, na medida em que, no dolo eventual, o agente anui ou se conforma com a produção de um determinado resultado tido como possível de se concretizar¹⁵⁶.

Após a representação da possível ocorrência do resultado típico, há uma atitude do agente em face dessa representação¹⁵⁷. Essa atitude, integrante do elemento volitivo do dolo eventual, é descrita por fórmulas variadas, relacionadas ao posicionamento mental do agente perante a eventual consequência ilícita, como “assumir o risco” (adotada pelo Código Penal brasileiro de 1940)¹⁵⁸, “aceitar”¹⁵⁹, “consentir com”¹⁶⁰, “aprovar”¹⁶¹, “conformar-se com”¹⁶²,

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 434.

¹⁵⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 426. Welzel e Roxin sustentam que todo o dolo é incondicionado, pois o querer condicionado significa uma não decisão, o que não pode ser, sob nenhum aspecto, compreendido como dolo (WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 79). Quanto ao ponto, faz-se remissão à subseção 1.3 ESPÉCIES DE DOLO, na qual se apresentou crítica à adoção de terminologias diversas de “dolo direto de primeiro grau”, “dolo direto de segundo grau” e “dolo eventual” para se referir às espécies de dolo.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 65, nota de rodapé n. 52.

¹⁵⁷ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁸ Conforme assevera Juarez Tavares, o Código Penal brasileiro, no art. 18, I, adotou a fórmula “assumir o risco”, o que enfatiza o elemento volitivo; todavia, afirma que essa expressão equivale ao “conformar-se com”, além de não descartar o exame do componente cognitivo. Por fim, sustenta que, “em face da equivocidade de seus termos, a fórmula do código é evidentemente incompatível com um direito penal de garantia, o que está a exigir uma precisa tomada de posição da doutrina para delimitá-la no seu verdadeiro sentido” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 286-287).

“anuir ao”¹⁶³, “ser indiferente com”¹⁶⁴ o resultado. Nada obstante, Roxin adverte sobre o problema de tentar colocar, em forma de fórmula, os pressupostos por meio dos quais se pode afirmar que um resultado ou uma circunstância foram abrangidos pela vontade do agente, pois há uma dificuldade linguística de se reproduzir adequadamente um fenômeno psicologicamente sutil e guiado por tendências irracionais e parcialmente conscientes¹⁶⁵. Assim, essas “plasmações verbais” não passariam de aproximações.

A relação entre os elementos cognitivo e volitivo do dolo eventual não é tão clara como nas demais espécies dolosas: no dolo direto de primeiro grau, o elemento volitivo se dá da forma mais intensa; no de segundo grau, o cognitivo ganha mais relevância em relação ao dolo de primeiro grau¹⁶⁶; no dolo eventual, há certa complexidade, pois o elemento volitivo é menos intenso do que o do dolo direto de primeiro grau, mas, ao mesmo tempo, o elemento cognitivo é menos intenso que o do dolo direto de segundo grau¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Aníbal Bruno aponta que, no dolo eventual, “a previsão é de uma possibilidade, e a vontade, em relação ao resultado, se manifesta apenas como a aceitação do possível”. (BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 74).

¹⁶⁰ Na definição de dolo eventual apresentada por Cirino dos Santos, está contida a fórmula de “consentir com” a produção do resultado, visto que o “caracteriza, no nível da atitude emocional, por consentir (ou concordar) na eventual produção do resultado típico” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 96, sem grifos do original).

¹⁶¹ Para Hungria, haveria dolo direto quando o agente quer o resultado; dolo eventual, quando o aprova (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 114-115).

¹⁶² Maurach sustenta que há dolo eventual quando o agente, ainda que não deseje ou considere necessário o resultado, está decidido a perseguir o objetivo extratípico desejado, ainda quando conta, conscientemente, com a probabilidade de produção do resultado típico, e está disposto a conformar-se com ou a suportar a realização do evento típico (MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p. 315).

¹⁶³ Para Luisi, há dolo eventual quando o agente prevê as consequências ilícitas como possíveis e, ainda assim, “tolera, consente, aprova ou anui na efetivação das mesmas, não desistindo de orientar sua ação no sentido escolhido e querido para atingir o fim visado [...]” (LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 67).

¹⁶⁴ Callegari e Weber defendem que a teoria do dolo eventual adotada no direito penal brasileiro teria sido a teoria da indiferença, pois seria exigido do agente a sua indiferença em relação ao resultado ilícito previsto (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 175). Entretanto, esse raciocínio não está correto, pois não necessariamente quem atua com dolo eventual é indiferente ao resultado, já que pode até lamentar ou desejar que ele não ocorra. Logo, se o agente se posiciona acerca da possibilidade de concretização do resultado, por meio de um sentimento de desaprovação, não se pode afirmar que ele é indiferente.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 427.

¹⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 403.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416. Todavia, há quem discorde dessa afirmação. Maurach afirma que a vontade de ação no dolo direto e no dolo eventual seriam idênticas, diferindo tão somente na representação do resultado, pois, no dolo eventual, as consequências não são consideradas necessárias (MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p. 315-316). De outro lado, Jakobs sustenta que, no dolo eventual, o elemento mais importante é o aspecto intelectual, devendo o agente representar que o resultado não é improvável de ocorrer. Assim, conclui que haverá dolo eventual quando, no momento da ação, o agente julgar que a

O ponto mais problemático e, coincidentemente, menos enfrentado pela doutrina se refere ao grau de consciência exigido pelo dolo eventual. Sabe-se que o elemento cognitivo do dolo eventual não equivale ao do dolo direto de primeiro e segundo graus, pois nestes o agente sabe que necessariamente o resultado vai ser produzido, enquanto que, no dolo eventual, não há certeza acerca de sua produção. Também difere do conhecimento da culpa inconsciente, porquanto nesse caso, conforme indicado pela própria nomenclatura adotada, o agente não cogita a possibilidade de ocorrência de um resultado ilícito.

Assim, a nebulosidade se encontra na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, pois, em tese, o elemento cognitivo nessas espécies subjetivas seria equivalente, havendo divergência somente quanto ao aspecto volitivo¹⁶⁸. Haveria, portanto, a representação acerca da possibilidade de produção de um resultado lesivo; contudo, na culpa consciente, o agente confiaria na sua não produção, seja por confiar nas suas habilidades, seja por acreditar no acaso. De outro lado, no dolo eventual, o agente acredita na possibilidade de ocorrência do resultado, ou seja, não confia na sua não ocorrência¹⁶⁹.

Ainda que se parta do pressuposto de que o elemento cognitivo do dolo eventual e da culpa consciente sejam equivalentes, o problema relativo ao grau de consciência exigido para as espécies não é evidente^{170 171}.

As dificuldades de conceituação e estruturação do dolo eventual, ainda mais quando contraposto à culpa consciente, acarretam a controvérsia doutrinária acerca do tema¹⁷². Para

realização do tipo, enquanto consequência da ação, não é improvável (JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 327).

¹⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 70.

¹⁶⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 113. Para Jescheck, o “conformar-se com a produção” (*Sich-Abfinden mit dem Eintritt*) e o “confiar na ausência” (*Vertrauen auf das Ausbleiben*) do resultado são conceitos complementares: quem não atua na confiança de que o resultado será evitado conforma-se com a sua eventual produção; quem se conforma com a eventual produção do resultado não confia na sua ausência (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 406). No mesmo sentido, SANTOS, Juarez. *Op. cit.*, 2005, p. 71.

¹⁷⁰ Cirino dos Santos afirma que a distinção entre essas duas espécies subjetivas é um dos mais difíceis e controvertidos debates do Direito Penal, por se fundamentar em diferentes posições afetivas do autor. Nesse sentido, afirma que “[a] controvérsia sobre a questão é a história inacabada da criação e do conflito desses critérios – cujas diferenças, na verdade, são mais verbais do que reais, e que representam, afinal e apenas, meras indicações da existência de uma *decisão pela possível lesão do bem jurídico [...]*”. Ainda, o autor aponta que não haveria uma plena identidade entre os aspectos cognitivos do dolo eventual e da culpa consciente, pois nesta se caracterizaria pela representação da possível produção do resultado; naquele, pelo “levar a sério” a possível produção do resultado (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 69-71).

¹⁷¹ O grau de conhecimento exigido no dolo eventual será objeto de análise da subseção 1.4, relativa às teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente.

Welzel, a razão dessas dificuldades está no fato de que o querer é um fenômeno anímico, que não é redutível a outros processos anímicos, nem emocionais, nem intelectuais, e que, por isso, somente pode ser circunscrito, mas não propriamente definido¹⁷³. Em sentido semelhante, Roxin aponta que a redução conceitual dos elementos cognitivo e volitivo resultam numa diminuição da substância do dolo, fazendo que o dolo eventual e a culpa consciente se tornem figuras muito próximas.

Faria Costa afirma que a aceitação da figura do dolo eventual não foi pacífica em dois sentidos: “enquanto projecção de uma forma de conceber o direito penal e ainda ao nível da sua pertinência ou clarificação dogmáticas”¹⁷⁴. Apesar disso, afirma que muitas das críticas formuladas são inconsistentes, pois o dolo eventual representaria a proposta dogmática apta a solucionar o problema que a indiferença causava na ordem jurídico-penal.¹⁷⁵

Tendo em vista o fato de que o dolo é um evento anímico interno ao agente e não observável de forma imediata, Hassemer afirmava que o dolo deve ser aferido, concretamente, por meio de indicadores externos, dotados das seguintes características: observabilidade, exaustividade e relevância dispositiva¹⁷⁶. Para o autor, já que o dolo consistiria na ordenação sequencial do perigo (elemento externo), da representação do perigo (elemento interno) e da decisão a favor da realização do perigo reconhecido (elemento

¹⁷² Por conta desses problemas, há autores contrários a essa categoria dogmática. Exemplificativamente, Gutiérrez sustenta que o dolo eventual não é compatível com um sistema penal garantista. Para o autor, a impossibilidade de provar o dolo no processo penal abre espaço para a arbitrariedade e a seletividade do sistema. Além disso, da interpretação ou do uso vulgar de “fim ou finalidade de uma ação” não se pode extrair a referência às consequências necessárias ou possíveis. A coincidência do fim com a ação ocorreria somente nos casos de dolo direto de primeiro grau, pois são os únicos nos quais a finalidade de ação é justamente o resultado produzido, e em alguns casos de dolo direto de segundo grau (GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. *Op. cit.*, p. 239-250). Em sentido contrário, Jescheck afirma que quem age ciente da seriedade do perigo e se conforma com a realização do tipo introduziu essa possibilidade nas bases da decisão de sua ação e, por isso, qui-la (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 405).

¹⁷³ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 83. Para Gutiérrez, os processos mentais de cognição não possuem a estrutura que pretendemos racionalizar juridicamente, pois desatam em forma de imagens e sensações que se sucedem na nossa imaginação, sendo impossíveis de quantificar ou classificar em termos jurídicos (GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. *Op. cit.*, p. 251-252). Para Velo, uma possível solução para a constante crise conceitual do dolo eventual seria extrair as conclusões de uma lógica filosófica (VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 17).

¹⁷⁴ FARIA COSTA, José de. *Op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁵ FARIA COSTA, José de. *Op. cit.*, p. 31. Segundo o autor (e conforme já apontado), o dolo eventual seria uma das questões mais complexas de todo o Direito Penal.

¹⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 925. Apesar de o autor ser o primeiro a formular uma categoria conceitual (“indicadores externos”), a ideia de que os elementos cognitivo e volitivo do dolo devem ser deduzidos das circunstâncias do fato já era defendida por outros doutrinadores. Ver BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*, p. 76.

interno), sem os indicadores externos, não seria possível saber algo sobre ele, nem sobre sua fundamentação ou exclusão. Somente o perigo, enquanto elemento externo, poderia ser descritivo, enquanto que os demais elementos somente seriam aferíveis por meio dos indicadores¹⁷⁷.

Observa-se que um dos motivos geradores de controvérsia acerca do dolo eventual é o problema da aferição desse elemento subjetivo do agente fática e processualmente. Nada obstante, os indicadores externos formulados por Hassemer, apesar de serem tão amplos e numerosos que é impossível esgotá-los, visam promover a ligação entre o plano do direito material e do direito processual, como uma forma de solucionar esse problema¹⁷⁸.

Ainda, deve-se ressaltar que o Código Penal de 1940 equiparou o dolo direto ao dolo eventual¹⁷⁹, não havendo diferenciação. Todavia, nem toda figura delitiva admite o dolo eventual, mas tão somente o dolo direto¹⁸⁰. Nesse caso, a norma proibitiva pode plasmar, em sua redação, expressões como “deliberadamente”, “intencionalmente”, “com o intuito de”, “com consciência”, etc., indicando a exigência de dolo direto, como no tipo penal da extorsão, previsto no art. 158 do CP¹⁸¹. Além dessa hipótese, a inadmissibilidade do dolo eventual pode derivar da própria natureza do crime, como, por exemplo, o estelionato¹⁸².

¹⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 929.

¹⁷⁸ Nesse sentido, o autor defendia a necessidade de comunicação entre os planos material e processual, afirmando que não se podem separar os pressupostos conceituais do dolo e a prova de sua existência no processo, sendo os indicadores externos componentes do próprio conceito de dolo (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 925-926; p. 928). Nada obstante, Pedro Jorge Costa afirma que, apesar de o uso de elementos externos para a demonstração do elemento subjetivo do tipo ser inevitável, no atual quadro do conhecimento humano, deve-se debater quais são os indícios suficientes e necessários para tanto, sob pena de incorrer em arbitrariedade na decisão (COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 83-108, jul./ago. 2015, p. 105). Puppe critica o fato de Hassemer oferecer um “catálogo aberto de indicadores” em vez de formular uma teoria explicativa do dolo (PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 60). Hassemer, entretanto, critica o fato de que as teorias volitivas cingem-se a designar o aspecto interno do agente, sem fornecer elementos para a concreção e utilização operativa dos elementos do dolo que preconizam. No mesmo problema também incorrem as teorias cognitivas, pois determinar se a ação é realmente perigosa não formaria um juízo sobre o dolo (HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 922).

¹⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 190; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 117; CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 104.

¹⁸⁰ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 68. Em idêntico sentido, ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 435; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 190.

¹⁸¹ Art. 158 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: [...] (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2018).

¹⁸² LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 68.

1.4 TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE

Em razão da tênue fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, formularam-se diversas teorias diferenciadoras¹⁸³, com o fim de distinguir os institutos, e, inclusive, teorias unificadoras, que propõem a abolição dessa distinção¹⁸⁴. A esse conjunto teórico também se atribuiu a denominação de teorias do dolo, pois, ainda que o objetivo específico seja diferenciar o dolo eventual da culpa consciente, acabam, de forma geral, por analisar e definir o conteúdo dos elementos do dolo.

As classificações das teorias tampouco são objeto de consenso¹⁸⁵, variando conforme a obra adotada. Muñoz Conde¹⁸⁶ e Gimbernat Ordeig¹⁸⁷ apresentam uma teoria bipartida em teoria da probabilidade e teoria da vontade (ou consentimento); Callegari e Weber classificam as teorias em seis espécies, quais sejam, teoria do conhecimento, do consentimento, da indiferença, da vontade, da representação e da probabilidade¹⁸⁸; Cirino dos Santos¹⁸⁹ e Juarez

¹⁸³ Para Roxin, a literatura científica mais antiga estava dominada pela contraposição entre as teorias da vontade e as teorias da representação. Aquelas enfatizavam a delimitação entre dolo eventual e culpa consciente nos elementos volitivos do dolo; estas, nos elementos intelectuais (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 430).

¹⁸⁴ Nesse sentido, Busato afirma que “[a]s discussões entre as duas correntes são ácidas e muito detalhadas, sempre a partir da busca por um elemento diferenciador (nas concepções tripartidas) ou aglutinador (nas teorias unitárias) entre o dolo direto e o dolo eventual” (BUSATO, Paulo César. *Dolo e significado*. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 61).

¹⁸⁵ É curioso notar que Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “[d]urante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: *o dolo é representação e vontade*” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 420, grifos do original); todavia, ainda há controvérsias a respeito do tema. Nesse sentido, ver PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*; GRECO, Luís. *Op. cit.*; SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul./ago. 2012.

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, 1988, p. 60-61.

¹⁸⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 360-361.

¹⁸⁸ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Op. cit.*, 2017, p. 166-171. Ressalta-se, entretanto, que na 3ª ed. da obra “Teoria geral do delito e da imputação objetiva”, de Callegari, o autor apresenta uma divisão mais restrita das teorias do dolo, consistindo em: teoria do consentimento (ou da

Tavares¹⁹⁰ bipartem as teorias em teorias volitivas e cognitivas; Roxin elenca onze teorias que, apesar de não serem agrupadas em gêneros, consistem justamente nas teorias que a doutrina, em geral, faz referência e categoriza¹⁹¹.

Por conta disso, Nelson Hungria afirmava que a controvérsia acerca das teorias do dolo consistia em “pura logomaquia”¹⁹², ou seja, numa discussão oriunda de diferentes interpretações sobre o sentido de uma palavra.

Nada obstante, o agrupamento de todas as espécies de teorias em dois gêneros – teorias cognitivas e teorias volitivas – é mais adequado, por duas razões: por não recair na assistemática de elencar direta e separadamente todas as espécies teóricas, como se não houvesse pontos de contato entre elas, e por não as resumir em somente duas espécies, de modo a se preservar as peculiaridades distintivas de cada uma delas.

Ainda, aponta-se que a classificação das teorias em cognitiva ou volitiva está umbilicalmente ligada aos componentes do dolo¹⁹³, visto que, para as teorias cognitivas, o dolo seria composto exclusivamente pela representação do fato (componente cognitivo); para as teorias volitivas, pela representação do fato (componente cognitivo) e pela vontade de agir (componente volitivo).

aprovação), do assentimento (ou da indiferença) e do conhecimento (CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 99-101).

¹⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 72-80.

¹⁹⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273-279. Observa-se que, em 1971, o autor não apresentava as teorias em dois grandes grupos, mas as limitava em teoria da vontade e teoria da probabilidade (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 114).

¹⁹¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 430-447.

¹⁹² HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁹³ Ver subseções 1.2 COMPONENTES DO DOLO, 1.2.1 Componente cognitivo e 1.2.2 Componente volitivo.

1.4.1 Teorias volitivas

De acordo com as teorias volitivas, além do elemento cognitivo, o dolo é composto por um elemento de cunho subjetivo ou diretivo da vontade, integrante, portanto, da ação. Assim, essas teorias coincidem com a bipartição tradicional do dolo em elemento cognitivo e volitivo, de modo que todas as espécies desse gênero teórico trazem à tona, de alguma forma, a vontade.

Dentre as principais teorias do dolo enquadráveis como volitivas, destacam-se (a) a teoria do consentimento ou da aprovação, (b) a teoria da indiferença ou do sentimento, (c) a teoria da vontade de evitação não comprovada e (d) as fórmulas de Frank.

Faz-se a ressalva de que há divergência doutrinária quanto à classificação da teoria da vontade de evitação não comprovada. Cirino dos Santos¹⁹⁴ a enquadra como teoria volitiva, enquanto Tavares¹⁹⁵ e Gimbernat Ordeig¹⁹⁶ a consideram cognitiva. Optou-se por enquadrá-la como espécie de teoria volitiva, na medida em que adota, como embasamento filosófico, o finalismo, e traz como elemento (de exclusão do dolo) a vontade.

1.4.1.1 Teoria do consentimento ou da aprovação

Para a teoria do consentimento¹⁹⁷, há dolo eventual quando o agente, ao representar o resultado como de possível ocorrência, consente na prática da conduta e, portanto, na possível ocorrência do resultado ilícito¹⁹⁸.

¹⁹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74.

¹⁹⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273.

¹⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 368.

¹⁹⁷ Destaca-se que, diferentemente das demais teorias, os autores não costumam atribuir a sua formulação original a alguém. A única referência encontrada foi na obra de Cirino dos Santos, quem atribui a teoria do consentimento a Edmund Mezger (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73). Todavia, a teoria do consentimento foi originariamente representada na jurisprudência e na doutrina alemãs, tendo como mais antigos representantes Robert von Hippel (VON HIPPEL, Robert. **Deutsches Strafrecht**, Bd. II, 1925, p. 314) e Mezger (MEZGER, Edmund. **Strafrecht**. Ein Lehrbuch, 1933, p. 306).

¹⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 114- 115. Callegari define a teoria do consentimento como a representação da possível ocorrência do resultado e a manifestação, no agente, da vontade de ocasioná-lo; assim, afirma que, somado à representação, deveria haver um querer o resultado (CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 99). Todavia, o problema dessa definição é que não faz a ressalva quanto ao significado jurídico-penal da vontade.

Observa-se que o consentimento é traduzido linguisticamente por expressões variadas, como consentir, tolerar, estar de acordo, contar com, assumir o risco de produção, levar a sério, etc., todas evidenciando uma atitude positiva de aceitação por parte do agente. Assim, a adoção dessas fórmulas (ou “plasmações verbais”, para Roxin)¹⁹⁹, distintas de “querer”, visa evitar referência ao sentido comum da palavra “vontade”²⁰⁰, compatibilizando-se o conceito de dolo com a desaprovação interna do resultado²⁰¹.

Nada obstante, Cirino dos Santos²⁰², Puppe²⁰³ e Roxin²⁰⁴ apresentam uma definição da teoria do consentimento que destoa dessa ideia, porquanto atribuem a ela a exigência de que o resultado agrade o agente. Conseqüentemente, esses autores formulam uma crítica à teoria que os demais não formulam: a aprovação do resultado seria própria do dolo direto, e não do dolo eventual. Essa crítica, entretanto, não é cabível caso se adote o posicionamento de que o consentimento por ela exigido não corresponde ao sentido comum de “vontade”.

Tavares explica que, em verdade, esse posicionamento de Cirino dos Santos, Puppe e Roxin corresponderia a uma das vertentes da teoria do consentimento. A primeira vertente vincularia a vontade ao lado emocional, admitindo o dolo eventual somente nos casos em que o resultado agrade o agente. A culpa, portanto, ocorreria quando o resultado fosse desagradável a ele. De outro lado, para a segunda vertente, haveria dolo eventual ainda que o resultado fosse desagradável ou indesejável, importando as reais pretensões do agente, pois pode tomar o perigo de produção do resultado como meio necessário para alcançar os seus objetivos²⁰⁵.

Observa-se que a segunda vertente é a posição dominante, pois ambas as espécies dolosas (direta e eventual) prescindem da aprovação do resultado, como exemplificam os casos do sujeito que, coagido psicologicamente, pratica um roubo, mesmo não tendo desejado que essa ação ocorresse (dolo direto de primeiro grau)²⁰⁶, e do sujeito que, visando a esfera

¹⁹⁹ Ver nota de rodapé n. 165.

²⁰⁰ Ver nota de rodapé n. 45.

²⁰¹ Ver nota de rodapé n. 148. Por conta disso, Roxin utiliza a expressão “querer em sentido jurídico” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 308).

²⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73. Em sentido complementar, Díaz-Aranda também critica a teoria do consentimento, afirmando que uma mera postura emocional do agente de aprovação do resultado não justifica a aplicação de uma pena maior do que em relação ao crime culposo, pois isso seria justificar a punição com base numa conduta interna do agente (DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 60).

²⁰³ PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 33.

²⁰⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 431.

²⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 278-279.

²⁰⁶ Esse exemplo consta em ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 362.

que repousa na mão de um amigo, atira, assumindo o risco de errar o alvo e atingi-lo²⁰⁷. Assim, não se deve vincular o dolo à agradabilidade do resultado, em qualquer de suas espécies.

Ademais, se o dolo direto de segundo grau – dolo das consequências certas ou necessárias – é compatível com a desaprovação do resultado, não há como se exigir, no dolo eventual – dolo das consequências possíveis –, a aprovação interna do resultado.

Nesse sentido, Roxin reconhece que, a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, a teoria da aprovação foi interpretada de maneira a coincidir com a posição por ele defendida, pois o BGHSt (ver adiante caso *Lederriemenfall*, BGHSt 7/363) atribuiu à expressão “aprovar” um sentido jurídico, no sentido de que o sujeito pode aprovar a produção do resultado, ainda que não o deseje, como forma de alcançar o objetivo por ele perseguido²⁰⁸.

Díaz-Aranda aponta que, “para a jurisprudência alemã e espanhola, atua com dolo eventual quem consente com a produção do resultado, ou seja, o sujeito previu a provável produção do resultado e o aprova. Por isso, o consentimento é sinônimo de aceitação ou de aprovação”²⁰⁹. Ressalta-se que não se pode desvincular a aprovação (ou consentimento) da possibilidade de ocorrência do resultado, ou seja, não há uma aprovação ou consentimento direto do agente com o resultado, mas sim com a sua eventual ocorrência, pois é o resultado que está sujeito a eventualidades ou condições incertas.

Caso o agente represente o resultado ilícito como de possível ocorrência e, ainda assim, assuma o risco de ou se conforme com a sua possível produção, age com dolo

²⁰⁷ Esse é, na essência, o “Caso Lacmann”, segundo o qual A aposta com B, valendo parte de seu patrimônio, que acertará a bola de vidro que se encontra na mão da moça do estande de tiro ao alvo. Sobre o assunto, MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p. 318; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 82.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 431-432.

²⁰⁹ Tradução livre do original: [...] *para la jurisprudencia alemana y la española actúa con dolo eventual quien ‘consiente’ en la producción del resultado, es decir el sujeto ha previsto la probable producción del resultado y lo aprueba. Por lo que consentimiento es sinónimo de aceptación o de aprobación* (DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 60). Acerca da jurisprudência alemã, na p. 51 da monografia será apresentado o caso *Lederriemenfall*; quanto à jurisprudência espanhola, menciona-se o caso do azeite de colza, no qual o Tribunal Supremo da Espanha entendeu que, se o agente tem conhecimento acerca da substância venenosa contida no azeite e da possibilidade séria e concreta de que o produto, ao ser introduzido no mercado, causasse a morte dos consumidores, não é possível negar que agiu, no mínimo, com dolo eventual quanto às mortes e lesões causadas. Na medida em que ele conhecia o perigo, mas, ainda assim, não desistiu de sua ação, sua decisão equivaleria à ratificação do resultado, configurando-se, pois, o dolo eventual (MAQUEDA ABREU, María Luisa. La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión: a propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 48, n. 2, p. 419-440, mai./ago. 1995, p. 422).

eventual; caso não consinta com sua eventual produção, mas confie na sua não ocorrência, com culpa consciente²¹⁰.

Em relação ao aspecto volitivo do dolo, não há maiores problemas, pois este se resume ao direcionamento da ação do agente em face da representação da possível ocorrência do resultado, admitindo-a como consequência possível de seu objetivo final. Entretanto, o ponto nevrálgico da teoria do consentimento – e também das demais teorias – reside no elemento cognitivo do dolo, pois determina o conteúdo do “contar com”.

De acordo com as definições doutrinárias da teoria do consentimento²¹¹, a produção do resultado deve ser representada como possível, não necessitando ser provável. Para Welzel, a representação do “contar com” é mais do que uma simples possibilidade, mas menos que uma probabilidade preponderante²¹², ou seja, afasta-se de posições extremadas.

²¹⁰ A definição de dolo eventual e culpa consciente apresentada pela teoria do consentimento não diverge da proposta formulada por Roxin, apesar de o autor pretender fundamentar político-criminalmente a fronteira entre dolo eventual e culpa consciente, como forma de justificar a diferença na aplicação da pena. Para Roxin, haveria dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade de realizar o tipo penal, mas, apesar disso, continua agindo para alcançar o fim perseguido e se resigna à eventual realização do delito, conformando-se com ela. De outro lado, agiria com culpa consciente quem reconhece a possibilidade de produção do resultado, mas não a toma como séria, e sim negligentemente confia na não realização do tipo. O autor conclui que “quem conta com a possibilidade de um resultado típico e, apesar de tudo, isso não o faz desistir de seu projeto, se decidiu assim – em certo modo mediante atos concludentes – contra o bem jurídico protegido”, coincidindo, portanto, apesar de algumas peculiaridades, com o conteúdo da teoria do consentimento. Ainda, para Roxin, outra teoria compatível com a teoria do “tomar-se a sério” (consentimento) seria a teoria da assunção dos elementos constitutivos do injusto, de Schroth, que não será abordada em uma subseção própria por não ter tido repercussão significativa. De acordo com essa teoria, haveria dolo eventual quando o agente assume os elementos (condições) constitutivos do injusto com conhecimento do risco. Assim, o sujeito deve saber que facilmente as circunstâncias constitutivas do injusto se produzirão com a sua ação. Entretanto, o dolo estaria excluído se o agente (a) reprime os elementos de perigo, (b) acredita seriamente que a lesão ao bem jurídico não ocorrerá, (c) emprega sérios esforços de evitação, com perspectiva pessoal de êxito ou (d) acredita que a vítima ou terceiros impedirão a ocorrência das circunstâncias constitutivas do injusto. Tais critérios seriam apenas concreções do conceito de “tomar a sério” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 427; p. 429; p. 445-446).

²¹¹ Juárez Tavares afirma que “[n]ão se exige que o agente tome o fato como provável, bastando a possibilidade de conexão entre as conseqüências e o emprêgo dos meios ou o alcance do fim” (TAVARES, Juárez. *Op. cit.*, 1971, p. 114- 115). Díaz-Aranda expõe que, para a teoria do consentimento, não basta a possibilidade de realização do resultado, devendo somar-se a ela a aprovação ou aceitação do resultado (DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 60). Para Callegari, “a mera representação da possível ocorrência do resultado não basta para a configuração do dolo. Mais do que isso, deve se manifestar no agente a vontade de consecução do resultado mentalmente representado” (CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 99). Cirino dos Santos afirma que, pela teoria do consentimento, o agente deve aprovar o resultado típico previsto como possível (SANTOS, Juárez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73). Para Gimbernat Ordeig, o sujeito deve pensar que é possível que se dê o elemento objetivo do tipo e, ainda que fosse certa sua produção, atuaria do mesmo modo (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 360).

²¹² WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 82.

Basta, para a representação do elemento subjetivo, uma consciência real – não potencial –, mas não refletida, ou seja, não premeditada ou planejada. Nesse sentido, o conhecimento exigido pelo dolo “não exige sempre um ‘pensar nele’, isto é, um conhecimento atual, mas também pode ser integrado com alguns conhecimentos atualizáveis”²¹³.

A teoria do consentimento, compatível com a desaprovação pessoal do resultado, é a teoria dominante, tendo sido adotada, no Código Penal de 1940²¹⁴, sob o signo de “assumir o risco”. Para Gimbernat Ordeig, a teoria do consentimento é a dominante pela seguinte razão: há situações nas quais a vontade do agente não está clara, mas também a aplicação de uma punição por crime culposo parece ser insuficiente, sendo o dolo eventual uma solução para essa “incômoda situação”, pois, pela teoria do consentimento, pode-se demonstrar que o agente consentiu com o resultado²¹⁵. Isso tornaria a teoria fascinante; todavia, para o autor, a facilidade com que resolve o problema é tão grande que a torna duvidosa.

Assim, Gimbernat afirma que um dos problemas dessa teoria seria a questão probatória, pois exigiria a prova de um fato que não se dá na realidade, frisando que “não é que seja difícil provar o acontecido, é que se quer provar o que não aconteceu”²¹⁶. O autor conclui suas críticas afirmando que essa teoria corresponde ao autoritário Direito Penal do autor, pois se fundaria na culpabilidade pelo caráter, e não pelo fato, o que afetaria todas as espécies de teoria volitiva²¹⁷.

Para Muñoz Conde, há duas críticas a serem apontadas à teoria do consentimento. Em primeiro lugar, afirma que se baseia em um juízo presuntivo, pois “se ocupa de confrontar o delinqüente com o resultado, quando este ainda não se tenha produzido, imaginando-o como

²¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 421.

²¹⁴ “Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateuve 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 acêrto, 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 dêste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é, ao mesmo tempo, *representação* e *vontade*” (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 114, grifos do original).

²¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 365.

²¹⁶ Tradução livre do original: [...] *no es que sea difícil probar lo acaecido, es que se quiere probar lo que no ha acaecido* (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 371). Destaca-se que as críticas formuladas pelo autor à teoria do consentimento, no sentido de que o juiz tem de tomar como certo, no lugar no agente, algo que ele nunca tomou, correspondem às críticas opostas à primeira fórmula de Frank, objeto de análise da subseção 1.4.1.4 Fórmulas de Frank.

²¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 371-373. Em sentido semelhante, CURY, Enrique. *Contribución al debate acerca del dolo eventual. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales*, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p. 149-157, 1975, p. 149.

efetivamente acontecido”²¹⁸. Em segundo lugar, há casos em que, ainda que o agente imagine um resultado certo, não há como demonstrar um querer efetivo, dificuldade que toma maiores proporções quando o resultado é incerto²¹⁹.

Tavares não formula muitas críticas à teoria do consentimento, limitando-se a afirmar que ela desconsidera o plano global do fato para, assim, poder-se elucidar o que é, em verdade, assumir o risco do resultado²²⁰.

Para Kaufmann, a teoria do consentimento falharia ao concluir que, do agir, decorre a aprovação, quando o autor considera as consequências somente como possíveis; tampouco explicaria por que a aprovação é decisiva no dolo eventual, mas não no dolo direto²²¹. Outrossim, aponta que outro problema dessa teoria seria de que, ao recorrer aos sentimentos do agente, expressa a diferente gravidade do conteúdo da culpabilidade²²².

A despeito das críticas, a teoria do consentimento é aplicada a casos clássicos elencados pela doutrina acerca do dolo eventual. Dentre eles, pode-se mencionar o caso-paradigma do Tribunal Federal da Alemanha Ocidental conhecido como *Lederriemenfall* (o caso do cinto de couro), de 1955 (BGHSt 7/363)²²³.

Em síntese, A e B decidem roubar C; para tanto, planejam estrangular C com um cinto de couro até que perca a consciência, para que possam subtrair seus pertences. Todavia, A e B percebem que, com o estrangulamento, podem causar a morte de C e, por isso, decidem golpeá-lo com um saco de areia na cabeça. Ao executar o plano, o saco de areia rasga, de modo que C não fica inconsciente. Assim, A e B decidem retornar ao plano inicial e utilizam o cinto de couro para estrangulá-lo, até o momento de C parar de se mexer. Após subtraírem os bens de C, A e B tentam reanimá-lo; contudo, C já estava morto²²⁴.

Observa-se que o roubo é a finalidade da ação de A e B; o cinto de couro, o meio de execução; a morte, a consequência, prevista como possível, da ação.

Sob o aspecto cognitivo, A e B levam a sério o risco de produzir o resultado morte de C, representação que é suficiente para fazer que eles mudem de plano, optando pelo saco de

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 61.

²¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 61.

²²⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 278-279.

²²¹ KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Tradução de R. F. Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, n. 2, p. 185-206, 1960, p. 193.

²²² KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 203.

²²³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 72.

²²⁴ LUISI, Luiz. *Op. cit.*, p. 41; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 424.

areia. Assim, conforme aponta Cirino dos Santos, ao fazer isso, os agentes confiam na evitação do resultado, o que exclui o dolo eventual – em caso de ocorrência do resultado, configurar-se-ia a culpa consciente²²⁵. Nada obstante, o retorno ao plano de execução original evidencia uma atitude de conformação com o resultado, pois, em face do perigo já representado, optam por utilizar o meio de execução do cinto de couro²²⁶.

Outro caso a ser apontado é o “Caso Löffler”: certos mendigos russos mutilavam seus filhos para obterem a comiseração alheia, mas, em consequência das mutilações, as crianças acabam, por ventura, falecendo. Os mendigos tinham ciência de tal possibilidade, mas isso não era suficiente para impedir a reiteração dos atos de mutilação, causando a morte de outras crianças²²⁷.

Assim, a execução de um plano no qual há a possibilidade de produção de um resultado ilícito – a qual foi representada pelos agentes – indica a aceitação da (ou consentimento com) sua eventual produção, caracterizando-se o dolo eventual.

1.4.1.2 Teoria da indiferença ou do sentimento

De acordo com a teoria da indiferença ao bem jurídico, também chamada indevidamente de teoria do sentimento, formulada por Engisch²²⁸, haveria dolo eventual quando o agente aceita, positivamente ou com total indiferença, as possíveis consequências

²²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 72. Aponta-se que Cirino dos Santos defende que a teoria dominante do dolo eventual é a que adota o critério de “levar a sério” (*Ernstnahmetheorie*) a possível produção do resultado típico, a qual se enquadra como subespécie da teoria do consentimento.

²²⁶ Para Roxin, também há a decisão pela possível lesão do bem jurídico, mas não porque A e B levaram a sério ou se conformaram com a eventual produção do resultado, mas porque a incluíram nos seus cálculos/planos. Para ele, um resultado pode ser considerado doloso quando corresponde ao plano do agente, numa valoração objetiva (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 416-417; p. 425). Nada obstante, apesar de tecer essas considerações sobre o caso, na mesma obra, conceitua dolo eventual como “contar seriamente com a possibilidade de realização do tipo” (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 427).

²²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 360. Para Zaffaroni e Pierangeli, os mendigos “incorporavam ao seu querer a criança amputada, a probabilidade da criança morta, ainda que não desejassem e nem tivessem aceito o resultado como fim ou consequência necessária, porque a criança morta não servia a seus propósitos” (ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 434).

²²⁸ Atribuem a teoria da indiferença a Engisch SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73-74; KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 193; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 279.

concomitantes à sua ação que podem causar um resultado ilícito²²⁹. O dolo, portanto, estaria identificado na atitude de alto grau de indiferença (ou desprezo) ao bem jurídico.

De outro lado, haveria culpa consciente quando as consequências fossem consideradas indesejadas e o agente tivesse expectativa de que não se produziriam²³⁰. Assim, não estaria caracterizada a indiferença quando estivesse presente a indesejabilidade das consequências, marcada pela expectativa mental de sua não ocorrência²³¹.

Para Roxin, um ponto positivo dessa formulação teórica é que a indiferença seria um indício seguro de que o agente se resignou ao resultado, agindo, pois, dolosamente. Nada obstante, o ponto negativo é que a falta de indiferença, pela teoria, sempre exclui o dolo, entendimento que não é correto²³². Para Díaz-Aranda, a atuação sem indiferença não necessariamente exclui o dolo. Além disso, quem atua com culpa consciente também pode atuar com indiferença ao bem jurídico – tanto que confia na não ocorrência do resultado²³³.

Em verdade, o dolo é compatível com a indesejabilidade do resultado, de modo que esse fator não pode ser um dos critérios de sua exclusão. Nesse sentido, aponta-se que qualquer resultado indesejado cria uma expectativa ou esperança, ainda que mínima, de não ocorrência, o que, todavia, não corresponde à confiança de não produção do resultado exigida pela culpa consciente²³⁴. Assim, Jescheck aponta que o decisivo para a delimitação do dolo e da culpa no âmbito do injusto é a tomada de posição do agente. No dolo eventual, a consequência possível indesejada está incluída na decisão; na culpa consciente, não.²³⁵

No caso do cinto de couro (*Lederriemenfall*), aplicando-se a teoria da indiferença, o elemento subjetivo de A e B corresponderia à imprudência consciente, pois o resultado não era desejado por eles²³⁶. Nesse caso, entretanto, A e B sabiam do risco de causar a morte de C,

²²⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 61. Para Kaufmann, a teoria da indiferença de Engisch é classificável como uma teoria unitária do dolo, pois a “medida de indiferença” poderia se dar tanto no dolo eventual, quanto no dolo direto (KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 193). Em sentido diverso, Roxin afirma que a teoria da indiferença seria uma versão mais restrita da teoria do consentimento (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432).

²³⁰ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 100.

²³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73-74.

²³² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432.

²³³ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 61.

²³⁴ Nesse sentido, Roxin afirma que um sujeito não pode se exonerar das consequências de sua atuação conscientemente incluídas no seu cálculo mediante esperanças nas quais nem ele mesmo confia (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 432).

²³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 408.

²³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73-74.

inclusive decidindo alterar o meio de execução da ação de roubo para evitar o resultado indesejado. Todavia, na medida em que o meio alternativo não foi suficiente para deixar a vítima inconsciente, os agentes decidiram retornar ao plano inicial. Evidentemente, A e B não queriam causar a morte de C, inclusive nutrindo expectativas de que isso não ocorresse; contudo, tomaram a sério a possibilidade de causar a sua morte – o que é evidenciado pela alteração do plano inicial –, de modo que não há como se afirmar que agiram com culpa consciente.

Outrossim, como ressalta Cirino dos Santos, “a ausência de representação do resultado, própria da imprudência inconsciente, pode indicar o mais elevado grau de indiferença em relação ao bem jurídico protegido”²³⁷, tornando a teoria da indiferença insatisfatória à sua própria proposta.

1.4.1.3 Teoria da vontade de evitação não comprovada

A teoria da vontade de evitação não comprovada, desenvolvida por Armin Kaufmann, sob influência do finalismo, baseia-se na ideia de autodelimitação da vontade de realização da ação, segundo a qual a vontade de realização pode estender-se a todas as consequências, reais ou possíveis, da ação, desde que o agente conte com essa possibilidade²³⁸.

Em face dessa autodelimitação da vontade de realização, poder-se-ia questionar o que ocorreria nos casos em que a vontade de realização do autor fosse dirigida a não desejar a produção da consequência secundária tida como possível, ou seja, fosse dirigida a impedi-la. Para Kaufmann, a vontade de realização não pode, ao mesmo tempo, estar dirigida a desejar a possível produção do resultado e a evitá-la, mediante o agir. Nesse sentido, conclui que a vontade de realização seria um limite em si mesma²³⁹.

Seria possível, então, haver uma ação dirigida a concretizar o objetivo final e, simultaneamente, a evitar a ocorrência dos resultados acessórios indesejados. Nesse sentido, caso o agente acredite, falsamente, que a sua ação dirigida a evitar a produção da

²³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 73-74. Em sentido idêntico, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 279, quem afirma que, apesar de haver alguns pontos de semelhança com a teoria do consentimento, a teoria da indiferença poderia apresentar soluções críticas, na medida em que, em casos de culpa inconsciente, a falta de representação do perigo de lesão indica o mais alto grau de indiferença.

²³⁸ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 194.

²³⁹ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 194; p. 198.

consequência não desejada será suficiente para atingir esse objetivo, não seria possível afirmar que o resultado indesejado está abrangido pela vontade de realização. Logo, todas as consequências representadas, pelo agente, como de possível ocorrência estão abrangidas pelo dolo, salvo se dirigir sua vontade à evitação da consequência acessória indesejada. A vontade de realização deve ser compreendida em sua totalidade, de modo que se conclui que pode dirigir-se à realização de vários objetivos, como a concretização da ação desejada e a evitação do resultado acessório²⁴⁰.

Do mesmo modo, o autor afirma que, ainda que o agente tenha dúvida sobre a suficiência de suas precauções para evitar a produção do resultado, também estará caracterizada a vontade de evitação, afastando-se, pois, a vontade de realização²⁴¹. Portanto, na proposta de Kaufmann, a vontade de evitação é fator de exclusão do dolo eventual.

Assim, a vontade de evitação e a vontade de realização são conceitos excludentes. Àquela são aplicáveis as exigências desta: deve-se tratar de uma vontade eficaz, concretizada no mundo real, sendo insuficiente o mero desejo ou esperança de evitação do resultado²⁴².

Todavia, é curioso notar que, apesar de haver uma vontade dirigida à evitação da consequência acessória indesejada, Kaufmann afirma que esta está excluída do âmbito de abrangência da vontade de realização não por conta de um elemento volitivo dirigido a esse fim, mas sim pela falta de componentes intelectuais da vontade de realização.

É justamente por conta disso que a doutrina se controverte a respeito da classificação da teoria da vontade de evitação não comprovada²⁴³. Nada obstante, entende-se que a teoria deve ser classificada como espécie de teoria volitiva, pois, apesar de Kaufmann firmar uma relação entre a não inclusão da consequência acessória na vontade de realização e a falta de elementos cognitivos, há, para além destes, uma ação dirigida à evitação do resultado (ou tomada de decisão), representativa do elemento volitivo.

Observa-se que a proposta de Kaufmann consiste na “ativação de contra-fatores para evitar o resultado representado como possível: imprudência consciente se o autor *ativa* contra-fatores, dolo eventual se *não ativa* contra-fatores para evitação do resultado”²⁴⁴.

²⁴⁰ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 195; p. 198.

²⁴¹ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 195.

²⁴² KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 195.

²⁴³ Ver subseção 1.4.1 Teorias volitivas.

²⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74, grifos do original. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 436-437, quem afirma que, pela teoria da vontade de evitação, não há dolo eventual nos

Na culpa consciente, haveria vontade de realização dirigida ao objetivo final e vontade de evitação quanto à consequência acessória indesejada²⁴⁵. De outro lado, configurar-se-ia o dolo eventual quando o agente não emprega contra-fatores para a evitação do resultado ou não altera os meios eleitos para a realização da ação. A não alteração do curso de ação para evitar a produção da consequência acessória decorreria de três motivos: (a) não seria possível haver uma configuração distinta da ação e, visto que o objetivo final da ação é mais importante para o agente do que evitar a consequência acessória, ele a realiza; (b) a alteração dos meios empregados para a realização da ação seria muito custosa; (c) o agente é indiferente à produção da possível consequência acessória²⁴⁶.

Em razão dos conceitos e critérios adotados pela teoria da vontade de evitação não comprovada, Kaufmann afirma que ela prescinde de sentimento, atitude ou representação do agente, dependendo tão somente do critério objetivo da delimitação do dolo – a vontade dirigida consubstanciada numa ação exterior²⁴⁷. Essa objetivação decorreria do fato de que o “confiar” em poder evitar o resultado somente excluiria o dolo se, pela eleição dos meios, faz-se patente no curso da ação²⁴⁸. A sua teoria apresentaria, assim, o princípio segundo o qual se delimitaria o nexa final dentro do âmbito das possibilidades representadas pelo agente.

Para Roxin, o critério de Kaufmann não passaria de um mero indício²⁴⁹ (e, portanto, refutável) de que, quando o agente não age para tentar evitar a produção das consequências acessórias, pode-se deduzir que ele se resignou à sua possível concretização. Todavia, a não constatação da vontade de evitação não pode ser critério definidor do dolo, pois o agente negligente tende a confiar na própria sorte sem aplicar medidas de evitação; por outro lado, o esforço de evitação tampouco serve para excluir o dolo, a exemplo de quando o agente não confia no seu êxito e por isso segue agindo²⁵⁰.

Em sentido semelhante, Cirino dos Santos aponta que a ausência de emprego de contra-fatores não pode ser definidora do dolo, vez que o ser humano possui a tendência de confiar na própria estrela. Outrossim, o emprego de contra-fatores tampouco implica a

casos em que, tendo o agente representado a possibilidade de produção do resultado, sua vontade condutora era dirigida para a evitação do resultado. Ainda, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 275.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 437.

²⁴⁶ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 195-196.

²⁴⁷ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 196.

²⁴⁸ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 198-199.

²⁴⁹ Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 275-276.

²⁵⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 437.

confiança na evitação da consequência acessória²⁵¹, pois, consoante aponta Hassemer, pode-se tratar de mero cálculo estratégico-criminal²⁵². Dessa forma, ainda que o agente empregue meios para tentar evitar a produção da consequência acessória indesejada, não há razões para merecer um tratamento mais brando, visto que, de todo modo, atua perigosamente²⁵³.

1.4.1.4 Fórmulas de Frank

Frank elaborou duas fórmulas – sendo a segunda um aprimoramento da primeira, com base nas críticas formuladas pela doutrina – relativas ao dolo eventual e à culpa consciente. Destaca-se que se adotou a expressão “fórmulas” em vez de “teorias” pelo fato de a pretensão de Frank não ter sido discorrer sobre as diferenças teóricas entre dolo e culpa, mas sim apontar indicações práticas de como se identificam as duas espécies de elementos subjetivos num caso concreto²⁵⁴.

De acordo com a primeira fórmula, haveria dolo eventual nos casos em que o agente, se tivesse certeza de que o resultado ocorreria, ainda assim teria agido; de outro lado, se deixasse de praticar aquela conduta ou alterasse os meios de execução, de forma a evitar a produção do resultado, agiria com culpa consciente²⁵⁵.

Observa-se que se trata de uma fórmula hipotético-presuntiva, pois o julgador ou intérprete tem de se colocar no lugar do agente, em contexto diverso do realmente enfrentado por ele – coloca-se em situação de certeza, quando, em verdade, houve situação de possibilidade –, sendo, por isso, denominada de “teoria hipotética do consentimento”²⁵⁶.

Para Renato de Mello Jorge Silveira, a vinculação do dolo eventual à representação da produção certa do resultado implica uma restrição considerável ao âmbito de abrangência do

²⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74.

²⁵² HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 912.

²⁵³ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1990, p. 912.

²⁵⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 280. Em idêntico sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 438, quem afirma que as fórmulas de Frank são um instrumento de conhecimento para a constatação do dolo eventual; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 115.

²⁵⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 280-281.

²⁵⁶ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 281; TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 115.

dolo eventual, pois este somente seria imputado àqueles que, fosse a ocorrência do resultado prevista como certa ou possível, atuariam de igual maneira²⁵⁷.

Roxin concorda com o raciocínio de que age dolosamente aquele que, se tivesse conhecimento de que a produção do resultado era certa, ainda assim agiria. Todavia, discorda da conclusão contrária, no sentido de que, caso deixasse de agir ou alterasse os meios de execução, agiria com culpa consciente, pois essa afirmação seria “altamente insegura”; nessa direção, afirma que não se pode negar o dolo quando o sujeito inclui o fracasso (a não concretização do resultado) no seu plano, porquanto, para ele, as perspectivas de êxito teriam mais valor do que as do insucesso²⁵⁸.

Tavares afirma que a primeira fórmula é um “simples critério de aferição de prova, através do qual se pretende a distinção de duas formas diferenciadas de imputação. Sendo unicamente um critério processual e não penal, a diferença entre dolo eventual e culpa consciente fica na dependência do juiz”²⁵⁹. Assim, o grande problema dessa formulação é que o julgador realizaria um juízo hipotético-psicológico, o que é vinculado à personalidade do sujeito. Assim, a própria tipicidade da conduta – ou seu enquadramento no tipo doloso – ficaria submetida às pré-compreensões e suposições do julgador²⁶⁰.

A mesma crítica também é apontada por Díaz-Aranda, no sentido de que, para realizar esse juízo hipotético, o julgador se basearia na personalidade do agente, o que levaria a um Direito Penal do autor, e não a um Direito Penal do fato²⁶¹.

Jakobs critica a primeira fórmula pelo fato de que o agente, no momento de realização da ação, não se deparou com uma situação de certeza (constante na fórmula), mas sim com uma situação de dúvida. Estas duas situações psíquicas são distintas: agir em situação de possibilidade e de certeza de lesão não são comparáveis, seja no plano teórico, seja no plano prático²⁶². Por conta disso, o autor afirma que as fórmulas de Frank são inúteis.

Em razão das críticas feitas à primeira fórmula, Frank buscou aprimorá-la, desenvolvendo a segunda fórmula por meio da seguinte indagação: se o agente, antes de atuar,

²⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 232.

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 438.

²⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 281.

²⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 281. Ver nota de rodapé n. 216. Todavia, para Cury, não se trata de pensar o que o agente teria feito em um caso hipotético, mas sim saber como se comportou na situação real (CURY, Enrique. *Op. cit.*, p. 152).

²⁶¹ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 61. Também nesse sentido SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 232.

²⁶² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 332.

diz a si mesmo que, independentemente do que acontecer, agirá da mesma forma, há dolo eventual²⁶³. Assim, observa-se que não se trata mais de um juízo hipotético, mas sim de uma aferição, em momento anterior à ação, sobre a anuência ou não do agente ao resultado. O que delimitaria o dolo eventual seria “a posição do autor em relação à preferência da execução da ação perigosa, apesar de concorrer a possibilidade de produção do resultado”²⁶⁴. Por conta disso, nomeou-se essa fórmula de “teoria positiva do consentimento”²⁶⁵.

Nada obstante, para Roxin, a segunda fórmula não diferiria da primeira, ou seja, as críticas formuladas à teoria hipotética do conhecimento seriam igualmente aplicáveis à teoria positiva do consentimento²⁶⁶.

Em idêntica direção, Tavares afirma que nem mesmo o seu formulador, Frank, foi capaz de identificar as diferenças entre elas. Outrossim, afirma que tais fórmulas não inovariam o conteúdo apresentado por todas as outras teorias, porquanto o agir, somado à representação do resultado como de produção certa, indicaria a conformação com ou a assunção do risco de produção do resultado, implicando dolo²⁶⁷.

1.4.2 Teorias cognitivas

Consoante as teorias cognitivas, o dolo seria composto exclusivamente pelo elemento intelectual, ou seja, seria desprovido de qualquer elemento subjetivo-volitivo. Dessa forma, não se perquire o posicionamento do indivíduo em relação ao fato²⁶⁸ – o momento de tomada de decisão seria irrelevante para fins do dolo. O intento de tornar o dolo exclusivamente cognitivo (normativo) decorre da ideia de que, para seus adeptos, a existência da vontade como critério do elemento subjetivo do tipo acarretaria a caracterização de um Direito Penal

²⁶³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 280-281. No mesmo sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 233. Tavares elucida a afirmação com a seguinte frase: “se o autor diz a si mesmo: ‘**seja assim ou de outra forma, suceda isto ou aquilo, em qualquer forma atua**’ haverá dolo eventual” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 115, grifos do original).

²⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 1971, p. 115.

²⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 281.

²⁶⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 438.

²⁶⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 281.

²⁶⁸ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 100.

do autor e um problema probatório, pois o dolo se fundamentaria num elemento psicológico do agente, inatingível pelo Direito²⁶⁹.

Dentre as principais teorias cognitivas, destacam-se (a) a teoria da representação (ou da possibilidade), (b) a teoria da probabilidade, (c) a teoria do risco não permitido e (d) a teoria do perigo protegido ou assegurado.

1.4.2.1 Teoria da representação ou da possibilidade

No período pós-Segunda Guerra Mundial, a teoria da possibilidade foi primeiramente desenvolvida por Schröder, sendo aprofundada, posteriormente, por Schmidhäuser²⁷⁰. Essa teoria “se baseia sobretudo na ideia de que a mera representação da possibilidade já deveria fazer o sujeito desistir de seguir atuando e que a confiança na não produção do resultado contém em si a negação da sua possibilidade”²⁷¹. Nega, portanto, a categoria tradicional de culpa consciente, porque, para os defensores da teoria da possibilidade, toda a culpa seria inconsciente. Logo, a diferença entre dolo e culpa residiria tão somente na distinção entre conhecimento e não conhecimento acerca dos elementos objetivos do tipo²⁷².

²⁶⁹ Puppe elenca quatro critérios segundo os quais as teorias cognitivas seriam superiores às teorias volitivas: em primeiro lugar, o dolo não possuiria um caráter psicológico, mas sim normativo; em segundo lugar, conferiria um sentido claro ao juízo adscritivo; em terceiro lugar, garantiria mais segurança jurídica e igualdade, por possuir critérios mais claros, afastando-se, assim, de um Direito Penal do autor; em quarto lugar, os pressupostos do dolo, consoante as teorias cognitivas, seriam comprováveis em juízo (PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, p. 131-132). De outro lado, Humberto Souza Santos afirma que qualquer teoria diferenciadora que se baseie num critério volitivo “[...] não tem aptidão para proteger bens jurídicos, mas, no máximo, para evitar que o autor ‘assuma’, ‘leve a sério’, fique ‘indiferente’ ao risco e para incentivá-lo a praticar a conduta ‘confiando seriamente na não ocorrência do resultado’. Entretanto, uma reprovação penal que pretenda evitar a não violação de bens jurídicos, mas a mera existência de estados psicológicos, que reprova não o fato lesivo, mas o simples sentimento interno do autor coincidente à prática desse fato, limita a liberdade das pessoas sem qualquer ganho social e, no interior de um sistema jurídico-penal cujo fim seja a proteção de bens jurídicos, não se coaduna com a ideia de idoneidade, presente no princípio constitucional da proporcionalidade, segundo a qual toda limitação de liberdade deve ser capaz de alcançar a finalidade desejada, o que a torna, de plano, ilegítima” (SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 97).

²⁷⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 433.

²⁷¹ Tradução livre do original: *[s]e apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad* (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 433). Em sentido similar, DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 56.

²⁷² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 433. Em idêntico sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74-75.

A mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado deveria inibir a prática da ação²⁷³. Assim, haveria dolo eventual quando o agente representa a possibilidade de ocorrência do resultado; culpa, quando não há a representação alguma²⁷⁴.

Para Schmidhäuser, dever-se-iam distinguir as situações de conhecimento de fatos seguros e de fatos inseguros. Em relação àqueles, sempre haverá dolo; em relação a estes, somente quando o sujeito estivesse consciente acerca da possibilidade concreta de realização do tipo. Assim, “ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o autor se convence de que o resultado não irá acontecer”²⁷⁵.

Todavia, o fato de haver imputação a título de dolo em face de qualquer mínima possibilidade de ocorrência do resultado é problemático, porquanto se baseia em puro intelectualismo e acarreta resultados práticos mais rigorosos do que os das teorias volitivas, por conta da exclusão da categoria da culpa consciente²⁷⁶. Nessa direção, destaca-se o seguinte exemplo elucidado por Roxin: se o agente dispara uma arma, a uma longa distância, e representa a possibilidade de atingir X com uma probabilidade de 10%, deve ser punido por homicídio doloso, caso acerte a vítima, vez que se propôs a matá-la. De outro lado, se nesse mesmo contexto, o agente pretende caçar um javali e, por negligência, não toma como séria a possibilidade (conhecida) de atingir X, então, caso isso aconteça, deverá ser condenado por culpa consciente²⁷⁷. Todavia, caso se aplique a teoria da possibilidade, ambos os sujeitos deveriam ser condenados por homicídio doloso, já que a representação da possibilidade de produção do resultado foi idêntica.

Outra crítica que Roxin elabora é que, segundo a teoria da possibilidade, em não havendo uma representação verdadeira, na terminologia de Schröder, ou concreta, na terminologia de Schmidhäuser, afasta-se a figura do dolo. Nada obstante, esses conceitos de

²⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74-75; CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2014, p. 101.

²⁷⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273. Destaca-se, no ponto, que Gimbernat Ordeig confunde o conteúdo da teoria do consentimento e da representação e equipara todas as teorias cognitivas, pois afirma que, para a teoria da representação ou da probabilidade, o agente atuaria com dolo eventual quando a ocorrência do resultado lhe parecesse provável, enquanto que atuaria com culpa quando confiasse na não ocorrência do resultado (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 361). Assim, não só o autor equipara a teoria da representação (ou da possibilidade) à teoria da probabilidade, mas também atribui o conteúdo da teoria do consentimento a ela.

²⁷⁵ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 105.

²⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 74-75.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 434.

“representação verdadeira” e “representação concreta” corresponderiam ao “tomar a sério” a possibilidade de ocorrência do resultado ou ao “resignar-se” com a sua eventual produção²⁷⁸.

Ademais, também há dificuldades em saber quais foram as possibilidades representadas pelo agente no momento da ação²⁷⁹. Disso decorre outro problema: como saber, na prática, se o agente representou a possibilidade de ocorrência do resultado? Apesar de a teoria pretender ser completamente objetiva e apta a ser comprovada em juízo, não é possível objetivar o próprio elemento cognitivo do dolo, na medida em que a capacidade e a forma de representação variam conforme cada indivíduo.

Nesse sentido, a distinção de Schmidhäuser entre conhecimento seguro e inseguro e a afirmação de que o dolo está excluído, se no caso concreto o agente se convence que o resultado, representado abstratamente, não irá ocorrer, contrariam a própria base da teoria da possibilidade, cujo intento é abandonar qualquer concepção interna, decisória ou volitiva do agente²⁸⁰.

1.4.2.2 Teoria da probabilidade

A teoria da probabilidade pode ser considerada como uma variante da teoria da representação ou da possibilidade, preconizando que age com dolo aquele que representa como provável a eventual produção do resultado²⁸¹. Provável pode ser definido, conforme

²⁷⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 434.

²⁷⁹ GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. *Op. cit.*, p. 248. O autor, apesar de formular a crítica à teoria da representação, utiliza a palavra “probabilidade” em vez de “possibilidade”. Ainda assim, o emprego inadequado da palavra não diminui a pertinência da crítica.

²⁸⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 105-106.

²⁸¹ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 273; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 435. Observa-se, entretanto, que o único autor que atribui especificamente a formulação da teoria da probabilidade a alguém é Humberto Souza Santos. Para ele, haveria duas vertentes da teoria da probabilidade: uma de Lacmann e outra de Sauer. Para Lacmann, o reproche mais severo da conduta ocorre no momento em que o agente representa a maior probabilidade de produção do resultado, pois, quanto mais provável este parece, menos motivação será necessária para dissuadir a conduta. De outro lado, Sauer não trabalha com a noção de motivação, mas sim com o perigo, afirmando que o reproche mais severo deve incidir sobre as condutas objetivamente perigosas originadas de uma livre decisão de vontade (SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 102-103).

aponta Juarez Tavares, como “mais do que possível e menos do que preponderantemente provável”²⁸².

A distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá pelos diferentes graus de representação: pune-se mais severamente o crime doloso em razão de o agente ter representado a produção do resultado como muito provável, enquanto que, se a probabilidade for remota, há culpa consciente²⁸³.

Para Díaz-Aranda, o juízo de probabilidade deve ser subjetivo e individualizado; assim, o juiz deveria levar em consideração as circunstâncias fáticas suscetíveis de prova para aferir se o agente, concretamente, representou a produção do resultado como provável. Não se trataria, portanto, de um juízo geral ou objetivo, mas específico e subjetivo²⁸⁴.

Todavia, para o autor, a teoria da probabilidade ocasiona uma grande ampliação no âmbito dos delitos dolosos, pois, na medida em que não há porcentagens ou cálculos aritméticos relativos à cognição, não se sabe como determinar se há dolo ou culpa nos casos em que a probabilidade não é muito alta e nem muito baixa²⁸⁵.

Além disso, a teoria da probabilidade também não saberia explicar por que, no dolo direto de primeiro e segundo graus, a vontade é um dos seus elementos, enquanto que, no dolo eventual, somente a representação o integra²⁸⁶. Como se resolveriam os casos nos quais a produção do resultado, considerada como improvável ou pouco provável, é desejada? Se não se negar o dolo nesse caso, então a representação da probabilidade não poderia ser uma característica geral do dolo, servindo tão somente para o dolo eventual²⁸⁷.

Tavares afirma que a probabilidade de lesão do bem jurídico seria indiciária da assunção do risco de produzi-la, não constituindo critério autônomo e suficiente para definir o dolo eventual²⁸⁸. Nesse sentido, para Roxin, a teoria da probabilidade não se diferencia da

²⁸² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 274. Nesse sentido, WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1997, p. 82. Para Faria Costa, entretanto, “não parece ser dogmaticamente incorrecto admitir-se uma total equiparação entre probabilidade e possibilidade” (FARIA COSTA, José de. *Op. cit.*, p. 28).

²⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 60; CURY, Enrique. *Op. cit.*, p. 154.

²⁸⁴ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 57.

²⁸⁵ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 57. Em sentido semelhante, Humberto Souza Santos afirma que Sauer, assim como Lacmann, recusava-se a admitir porcentagens de probabilidade, vez que o reproche da conduta deveria se basear na maior probabilidade de ocorrência do resultado do que na sua não ocorrência. Todavia, essa afirmação não resolve o problema, pois, ao utilizar a expressão “mais provável”, remete-se a ideia de dados estatísticos (SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 104).

²⁸⁶ DÍAZ-ARANDA, Enrique. *Op. cit.*, p. 57.

²⁸⁷ KAUFMANN, Armin. *Op. cit.*, p. 193.

²⁸⁸ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 274.

teoria predominante – do consentimento –, porquanto o fato de o agente considerar como “mais ou menos provável a produção do resultado é, de fato, um indício essencial de que toma a sério essa possibilidade e de que conta com ela”²⁸⁹.

Gimbernat Ordeig, defensor de um conceito cognitivo de dolo, aponta que a vantagem da teoria da probabilidade é que não confronta o agente com algo que não levou em conta no momento da ação, adotando um critério real – a situação perigosa. Todavia, o ponto negativo dessa teoria seria a prescindibilidade da vontade do agente quanto ao resultado, apesar de estar-se analisando a existência ou não de um comportamento doloso. Ainda assim, afirma que isso só é um problema caso se constate que o dolo exige a vontade, o que, para ele, é algo muito discutível²⁹⁰.

Uma variante moderna da teoria da probabilidade é a teoria normativa da vontade de Ingeborg Puppe, segundo a qual age dolosamente quem tem o conhecimento do perigo intenso de produção do resultado. O critério, portanto, é o conhecimento do perigo qualificado, cuja intensidade “deve ser tal que uma pessoa racional praticaria a ação apenas na hipótese de que ela estivesse de acordo com” a produção do resultado²⁹¹. Ainda, a autora afirma que “[a]penas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um ‘tudo vai acabar bem’”²⁹². Assim, age dolosamente quem, conscientemente, produziu um perigo para o bem jurídico que outra pessoa só o faria caso aceitasse a produção do resultado²⁹³.

Nada obstante, a simples representação da significativa probabilidade de lesão ao bem jurídico não corresponde à vontade de realização do tipo, sendo mero indício. Nesse sentido, a teoria de Puppe tampouco se diferenciaria da teoria dominante, pois, apesar de rechaçar qualquer concepção volitiva de dolo, faz uso da expressão “contar com” e da noção de confiabilidade na não produção do resultado, típica da culpa consciente.

²⁸⁹ Tradução livre do original: [...] *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* (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 435).

²⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Op. cit.*, p. 373. O problema na posição de Gimbernat Ordeig é que atribui à vontade um sentido profano equivalente à agradabilidade, o que, conforme exposto na subseção 1.4.1.1 Teoria do consentimento ou da aprovação, não é compatível com o dolo eventual.

²⁹¹ PUPPE, Ingeborg. PUPPE, Ingeborg. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006, p. 118.

²⁹² PUPPE, Ingeborg. *Op. cit.*, 2006, p. 119.

²⁹³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 274.

Ademais, ao adotar o critério do homem racional, parte-se “de um elemento cognitivo presumido, independentemente do que o agente realmente conhece, o que compromete gravemente o princípio da culpabilidade, pois autoriza a incriminação de um sujeito a título de dolo por algo que não tenha efetivamente querido”²⁹⁴.

Outra variante da teoria da probabilidade é a teoria de habituação ao risco de Jakobs, que combina o critério da probabilidade com o do risco habitual. Dessa forma, há culpa consciente quando o agente, em vista de suas experiências pessoais (habituação ao risco), considera a produção do resultado como improvável; de outro lado, há dolo eventual quando não julgar ser improvável a causação do resultado lesivo²⁹⁵. Exemplificativamente, Jakobs afirma que quem, moderadamente embriagado, dirige um automóvel, produz um risco abstrato e estatístico; entretanto, caso tenha alguma habituação com esse risco, este é individualmente insignificante²⁹⁶.

Tavares formula à teoria de Jakobs as mesmas críticas apontadas à teoria de Puppe, acrescentando que “a figura do costume do risco nada acrescenta à solução do problema. Pelo contrário, insere o dolo no que se chama de círculo organizativo, não com vistas ao sujeito, mas à sua função social”²⁹⁷.

De outro lado, Humberto Souza Santos afirma que a teoria de habituação ao risco remete ao Direito Penal do autor, por atribuir dolo ou culpa exclusivamente com base no comportamento do sujeito, o que, ainda, estimularia o hábito de colocar em perigo bens jurídicos alheios²⁹⁸.

1.4.2.3 Teoria do risco não permitido

Frisch, em sua obra *Vorsatz und Risiko*, de 1983, defende que o objeto do dolo não seriam os elementos do tipo objetivo. O agente não poderia ter a representação do resultado típico, pois este ainda não teria sido produzido no momento da conduta, sendo esta, em

²⁹⁴ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 124.

²⁹⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 275; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 441.

²⁹⁶ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 334.

²⁹⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 275.

²⁹⁸ SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 94.

verdade, o objeto do dolo²⁹⁹. Tavares exemplifica esse entendimento da seguinte forma: no crime de homicídio, o objeto do dolo não seria a morte da vítima (coincidente com os elementos objetivos do tipo), mas sim o risco ao qual se expõe a vida da vítima com a prática da ação³⁰⁰.

Assim, Frisch procura estabelecer um novo critério de delimitação (e de fundamentação) do dolo eventual e da culpa consciente, qual seja, o conhecimento do risco não permitido, entendido como o risco tipificado da conduta ilícita³⁰¹; havendo o conhecimento acerca do risco concreto, estaria caracterizado o dolo eventual, que prescindiria de elemento volitivo³⁰².

De outro lado, haveria culpa consciente “quando o autor, diante da representação de um perigo concreto, diga a si mesmo: por este ou outro motivo, nada passará. Isto significa que o autor, nesta situação, se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa e, pois, não atua dolosamente”³⁰³. Dessa forma, observa-se que Frisch também afasta do enquadramento no tipo doloso os casos tradicionalmente classificados como culpa consciente, ou seja, aqueles nos quais o agente, diante da representação dos elementos objetivos do tipo, confia na sua não realização. Não há, portanto, negação do critério de “tomar a sério o” ou de “confiar na não realização do” resultado, o que aproxima a teoria do risco à teoria do consentimento³⁰⁴.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 439. No mesmo sentido, TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 276; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76.

³⁰⁰ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 276.

³⁰¹ Humberto Souza Santos afirma que, consoante a teoria de Frisch, “para ser qualificada como típica, a conduta deve ser concretamente arriscada e juridicamente desaprovada, juízo obtido a partir das circunstâncias reconhecidas *ex ante* que circundam o caso e desde a perspectiva do autor” (SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, p. 106-107).

³⁰² ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 439. Apesar de Frisch utilizar o critério do conhecimento do risco não permitido como normativo, María del Mar Díaz Pita entende que “[...] afirmar que o dolo consiste no conhecimento do risco não supõe a normativização deste conceito, mas, pelo contrário, a utilização de parâmetros psicológicos, reduzidos em seu objeto, cujas dificuldades probatórias não é necessário ressaltar. A adoção do risco como objeto do conhecimento não transforma a natureza deste elemento de psicológica a normativa; só reduz sua extensão” (DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13).

³⁰³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 276.

³⁰⁴ Nesse sentido, Roxin afirma que Frisch, assim como os defensores da teoria da probabilidade, tentam desconsiderar o elemento volitivo que existe na tomada de decisão do agente; nada obstante, incluem-no no seu conceito de risco, o que constitui mera reformulação conceitual artificiosa da teoria dominante (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 440). Martínez-Buján Pérez assevera que o elemento volitivo fica embebido no conteúdo do conhecimento, não havendo diferença material com as teorias volitivas (MARTÍNEZ-BUJÁN

A teoria do risco, em realidade, troca a “dificuldade de avaliar a intenção interna do agente pelo mesmo problema encontrado na investigação do conhecimento do sujeito, também compreendido por uma perspectiva psicológica”³⁰⁵.

Outra dificuldade dessa formulação teórica reside, justamente, na alteração do objeto do dolo, porquanto não há como se excluir da cognição dolosa as circunstâncias do fato e o seu resultado³⁰⁶, pois isso torna “permeáveis as linhas divisórias entre o proibido e o permitido”³⁰⁷.

1.4.2.4 Teoria do perigo protegido ou assegurado

A teoria do perigo protegido ou assegurado³⁰⁸, formulada por Herzberg, fundamenta a distinção do dolo eventual e da culpa consciente na natureza do perigo, que pode ser desprotegido ou protegido. Aquele ocorreria quando depende de fatores fortuitos (sorte ou casualidade), independentemente de o agente confiar ou não na produção do resultado, como nos jogos de roleta russa (perigo desprotegido); esta, quando a evitação do resultado depende exclusivamente da atitude de algum indivíduo, mediante cuidado ou atenção, seja ele o agente, a vítima ou terceiro, como nos crimes de trânsito (perigo protegido)³⁰⁹. Nos casos de perigo desprotegido, há dolo eventual, já que não há como alguém evitar o resultado, enquanto que, sendo o perigo protegido, concorre a culpa consciente³¹⁰.

Além do perigo desprotegido e protegido, haveria uma terceira classificação – o perigo desprotegido distante (ou perigo remoto). Este se assemelharia ao perigo protegido, afastando, portanto, o dolo. Como exemplo, menciona-se o caso do inquilino que joga, através

PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41).

³⁰⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Op. cit.*, p. 124.

³⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 441.

³⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 276-277.

³⁰⁸ Tavares utiliza a expressão “perigo resguardado” (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 277).

³⁰⁹ Roxin traz dois exemplos relativos ao perigo protegido: um capataz manda um aprendiz subir no andaime sem o equipamento de segurança; um professor permite que os alunos se banhem num rio perigoso, apesar da placa de proibido (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 443).

³¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76-77.

da janela, um objeto pesado, sabendo da possibilidade de atingir alguém que caminha na calçada³¹¹.

A evitabilidade do perigo, elencada como critério diferenciador do dolo e da culpa, diz respeito tão somente ao tipo objetivo, ou seja, é desprovida de qualquer condição subjetiva³¹². Dessa forma, Tavares afirma que a teoria do perigo protegido visa “estabelecer critérios puramente objetivos de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, que se aproximam daqueles ditados pela teoria da imputação objetiva do resultado, mas de certa forma vinculados ao elemento intelectual”³¹³.

O problema central dessa teoria é que não há como se afirmar categoricamente que todos os casos de perigo protegido excluem o dolo, nem que todos os casos de perigo desprotegido o caracterizam. O critério da evitabilidade, dessa forma, não pode ser tomado como o principal diferenciador entre o dolo eventual e a culpa consciente, mas como um “elemento acessório da identificação da assunção do risco, relativamente à postura do agente de tomar como séria a possibilidade de produzir o resultado”³¹⁴.

Nesse sentido, não há o completo afastamento da teoria do consentimento, pois, nos casos de culpa consciente, a proteção ou asseguração do perigo dependem, em algum grau (ainda que mínimo), da confiança do sujeito na capacidade de evitação do resultado, seja essa capacidade sua, da vítima ou de terceiro; sem essa confiança, o agente acredita que a evitabilidade do perigo depende de fatores fortuitos, o que implica o dolo eventual³¹⁵.

Outro problema reside na fundamentação do dolo direto. Imagine-se um sujeito que dirige em alta velocidade em direção a um policial. Pode-se pensar que o policial vai saltar para o lado – o que é de se esperar – e, já que ele pode fazê-lo, trata-se de um perigo assegurado, consoante a teoria de Herzberg. Todavia, e se o sujeito realmente quer matar o policial? Somente pelo fato de o policial poder pular para o lado se deve afastar o dolo³¹⁶?

³¹¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 443; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76-77.

³¹² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 277.

³¹³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 277.

³¹⁴ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 278.

³¹⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 444-445.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 445.

A despeito das críticas, Cirino dos Santos afirma que deve ser reconhecido o valor do esforço de construir critérios objetivos para o elemento subjetivo, que tradicionalmente sempre se fundou em critérios subjetivos³¹⁷.

1.5 TOMADA DE POSIÇÃO

A tentativa de construir uma base objetiva para o elemento subjetivo, tomada não somente por Herzberg, mas por todos os defensores das teorias cognitivas, desconfigura a própria realidade da conduta³¹⁸. Na medida em que esta consiste na representação mental do resultado, da seleção dos meios e das conseqüências concomitantes, concretizada no mundo exterior por meio de um agir consciente, em vista do fim almejado, desconsiderar, para fins de caracterização do dolo, o elemento volitivo-decisional do agente importa a distorção da própria ação.

Nessa direção, “[s]e o homem é um ser absolutamente peculiar, é porque se projeta, evidentemente tem interesses, finalidades. Essas lógicas, além de informarem o caráter existencial do ser humano, fundamentam sua inclinação à responsabilidade”³¹⁹. Assim, o esforço doutrinal em conferir ao dolo eventual uma qualificação exclusivamente normativa vai de encontro à individualização das peculiaridades estruturais da responsabilidade dolosa.

A adoção de um critério puramente cognitivo-normativo de dolo resulta em juízos presuntivos que levam a resultados críticos, pois, em razão da mera possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado, imputa-se ao sujeito a prática dolosa da ação³²⁰.

³¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76-77.

³¹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2005, p. 76-77.

³¹⁹ VELO, Joe Tennyson. *Op. cit.*, p. 26.

³²⁰ Exemplificativamente, menciona-se o seguinte caso: “[e]m uma recente decisão de 2014, a Corte de Cassação italiana julgou o caso ThyssenKrupp, dando verdadeiro giro Copérnico acerca do entendimento do dolo eventual. Tratava-se da análise da situação vivida em Torino, em 2007, na fábrica de ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., na qual um incêndio havia consumido a vida de 7 operários. Em um primeiro momento, verificou-se o posicionamento de condenação dos dirigentes e administradores delegados da empresa, os quais teriam atuado com dolo eventual em relação aos fatos. Entretanto, houve verdadeira reviravolta nesse entendimento em instância superior, a qual afirmou por uma necessária distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá em termos estritos vinculados à vontade do agente” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.*, p. 239). Esse caso seria um exemplo de que a aplicação de uma teoria estritamente cognitiva pode implicar uma injustificada ampliação do instituto, pois, nas instâncias

Não é possível haver uma responsabilidade dolosa sem referência a algum elemento volitivo, vez que, inclusive a representação de uma adequada proteção, dependerá, de alguma forma, da crença do agente na não verificação do resultado³²¹.

É curioso notar que, apesar de as teorias cognitivas afirmarem que a existência de um elemento volitivo acarreta um Direito Penal do autor, ocorre justamente o contrário: a falta do elemento volitivo leva o julgador a se amparar na personalidade do agente para aferir o elemento cognitivo, de modo que as premissas das teorias cognitivas se afastam de um Direito Penal do fato.

Nesse sentido, a vontade – também compreendida como processo decisional – é um dado interno ao agente, mas que pode ser aferido concretamente por meio de indicadores externos objetivos³²². É sabido que haverá *hard cases* nos quais a perquirição do dolo encontrará dificuldades; entretanto, isso não é motivo suficiente para negar, por completo, a existência do elemento volitivo. Afinal, toda ação e omissão são praticadas por seres humanos, sendo-lhes inerente a tomada de postura consciente.

Não há como se excluir o elemento volitivo, pois, caso contrário, incorre-se num juízo plastificado e superficial. O ponto nevrálgico é que, ao tomar conhecimento acerca da possibilidade/probabilidade de lesão ou de perigo intenso ao bem jurídico, o agente toma uma decisão, independentemente dos seus motivos pessoais ou da desaprovação do resultado. Ao tomar essa decisão e agir de tal modo a executá-la, ele quis realizar o tipo, no sentido de que essa ação era necessária para a consecução dos seus objetivos. Essa decisão pode ser vista como integrante do elemento volitivo, pois vai além da mera representação do resultado. Ao tomar uma decisão, o agente sopesa as possibilidades, os prós e contras, para, ao fim, fazer a sua opção e executá-la. Esse processo decisório, apesar de racional, expressa um conteúdo de vontade, que é inafastável.

Por conta da inafastabilidade do elemento volitivo, vez que inerente à condição humana, percebe-se que as teorias cognitivas não excluem o critério do “contar com” (ou “tomar a sério”), dando-lhe, em verdade, outra roupagem.

ordinárias, os administradores foram condenados por homicídio doloso em razão da adoção de um conceito normativo de dolo. A Corte de Cassação reformou a decisão, entendendo que seria caso de culpa consciente.

³²¹ CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. Tradução de Beatriz Romero Flores. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, B., p. 393-430, 2003, p. 402.

³²² Ver nota de rodapé n. 178.

Na teoria da representação, também conhecida como teoria da possibilidade, Schmidhäuser distingue a representação abstrata da concreta, afirmando que, ao não conhecer a possibilidade concreta de ocorrência do resultado, apesar de haver considerado a possibilidade em abstrato, o agente se convence de que o resultado não acontecerá³²³. O processo decisional, relativo ao elemento volitivo, está presente, nessa teoria, no convencimento do agente da não ocorrência do resultado em face da ausência de representação concreta do resultado.

Na teoria da probabilidade, a representação de que um resultado é mais ou menos provável é um indício de que o agente conta com a possibilidade de ocorrência do resultado; há, na verdade, um recorte dos elementos do dolo, limitando-o ao aspecto cognitivo. Nessa direção, Puppe, ao formular uma versão mais moderna da teoria da probabilidade, afirma que “[a]penas quando o perigo é reduzido pode o direito mostrar-se compreensivo com o autor que diga para si mesmo um ‘tudo vai acabar bem’”³²⁴, ou seja, não exclui a existência da tomada de postura pelo agente.

Na teoria do risco não permitido, Frisch aponta que há culpa consciente quando o agente, diante da representação de um perigo concreto, afirma a si mesmo que nada ocorrerá³²⁵. Do mesmo modo que na teoria de Puppe, há a presença de um dado interno do agente, qual seja, sua crença de que o resultado ilícito não se produzirá.

Por fim, na teoria do perigo protegido ou assegurado de Herzberg, nos casos de culpa consciente, o agente confia ou acredita na capacidade de evitação do resultado, seja essa capacidade sua, da vítima ou de terceiro; caso contrário, se o agente não confia ou não acredita que alguém possa evitar o resultado ilícito, dependendo este da casualidade, age com dolo eventual³²⁶.

Observa-se que, independentemente da formulação cognitiva adotada, a referência a um aspecto volitivo, subjetivo ou decisional está, de alguma forma, presente no elemento cognitivo, pelo fato de a vontade ser indissociável do dolo. Há, desse modo, a mera transferência da carga subjetiva do elemento volitivo para o elemento cognitivo³²⁷.

³²³ Ver nota de rodapé n. 275.

³²⁴ Ver nota de rodapé n. 292.

³²⁵ Ver nota de rodapé n. 303.

³²⁶ Ver nota de rodapé n. 309.

³²⁷ Para Tavares, já que há equivalência legal entre as espécies de dolo, todas as teorias cognitivas, que o equacionam somente com o componente intelectual, são desprovidas de fundamentos (TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 283). Roxin, apesar de negar o finalismo, entende que as teorias que tentam suprimir

Adota-se, portanto, a teoria do consentimento na vertente preconizada originariamente por von Hippel e Mezger e pela jurisprudência alemã, cuja conceituação de dolo eventual e distinção da culpa consciente são as mais condizentes com a realidade do fenômeno, independentemente da fórmula legal empregada (“contar com”, “tomar a sério”, “anuir ao”, etc.).

Nesse sentido, o dolo é compatível com a desaprovação interna do resultado, pois, mesmo que não o deseje, o agente, ainda assim, realiza a ação, como forma de concretizar seu objetivo finalístico, seja este lícito ou ilícito. Esta é a razão pela qual não se adota a corrente defendida por Cirino dos Santos, Puppe e Roxin, uma vez que entendem que a aprovação do resultado está necessariamente vinculada ao dolo eventual. Todavia, tanto o dolo direto quanto o dolo eventual prescindem da aprovação do resultado, pois o elemento volitivo do dolo corresponde a um querer jurídico, e não emocional.

Para Welzel, o grau de consciência da possibilidade de produção da consequência ilícita – ponto mais problemático das teorias do dolo – afasta-se de posições extremas, definindo-o como mais do que uma simples possibilidade, mas menos que uma probabilidade preponderante³²⁸.

O parâmetro da simples possibilidade pode ser entendido como uma consciência potencial, a qual é insuficiente para a caracterização do elemento cognitivo do dolo, ainda mais considerando o paradigma do risco atualmente vivenciado³²⁹. De outro lado, a probabilidade preponderante significa uma reflexão consciente, que não é exigida para fins de caracterização do dolo, pois as pessoas não agem normalmente por meio de uma premeditação ponderada.

Dessa forma, exige-se um grau intermediário de conhecimento, afastando-se, pois, dos extremos de qualquer possibilidade ou de previsão exaustiva das possibilidades. Evidentemente, a posição intermediária é a que abarca o maior número de casos; contudo, não

totalmente o elemento volitivo do dolo estão condenadas ao fracasso, pois não se poderia excluir o elemento interno que integra a decisão de lesão do bem jurídico. Elas acabariam, assim, ou incluindo o elemento volitivo no saber, ou desfigurando os fenômenos reais mediante a redução a seus elementos intelectuais (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 446). Ragués i Vallés defende exatamente o oposto de Roxin. Para este, apesar de as teorias cognitivas apresentarem terminologia diferente, o seu resultado material tende a coincidir com o das teorias volitivas; para aquele, apesar da nomenclatura adotada pelas teorias volitivas ser diversa, seu resultado tende a acordar com o das teorias cognitivas (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Op. cit.*, p. 135).

³²⁸ Ver nota de rodapé n. 212.

³²⁹ Ver INTRODUÇÃO.

é possível – e nem mesmo desejável – que se apresente uma fórmula mais restritiva, sob pena de enrijecer o instituto do dolo eventual a ponto de torná-lo incompatível com as variáveis fáticas.

2 DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O aproveitamento do produto do crime é uma questão “tão antiga quanto anciã é a prática de crimes”³³⁰. Do ponto de vista histórico, a primeira tentativa de impedi-lo se deu por meio da tipificação do crime de receptação; em Roma, durante o período justiniano, a receptação era considerada como *auxilium post delictum*, ou seja, como cumplicidade subsequente, o que se relaciona com o objetivo de proteção patrimonial do direito romano, a fim de evitar que o bem – obtido ilícitamente por terceiro não proprietário – se distanciasse do seu verdadeiro titular³³¹.

Todavia, o processo de globalização e o desenvolvimento tecnológico tornaram a ocultação e a posterior reintegração do produto do crime na economia mais rápidas e complexas, em razão de a operacionalização de ativos se dar de forma virtual, instantânea e anônima. Esse fato não só permitiu que os ilícitos fossem praticados por meio de uma estrutura mais complexa – a criminalidade organizada –, como também ampliou as possibilidades de mascarar a origem ilícita dos bens³³². Nesse cenário, os bens, qualquer que fosse sua natureza, adquiriram mobilidade inédita, fator em relação ao qual, aliado à informática e às tecnologias, “não se pode prescindir da pena”³³³. A mera decretação de perdimento dos bens e valores mostrou-se insuficiente em face da ofensividade da conduta, impondo-se a tipificação do próprio emprego do proveito do crime³³⁴.

³³⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 21. Conforme aponta Maia, na Grécia e na Roma antigas se destacavam dois aforismos: “ambos são ladrões, tanto quem recebeu quanto quem roubou” e “comete o crime quem dele tira proveito”.

³³¹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 22-23.

³³² Ver nota de rodapé n. 1. Acerca dos primeiros grandes casos de lavagem de dinheiro (Al Capone e Meyer), ver MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre, *Op. cit.*, p. 26-30; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 33.

³³³ AMBOS, Kai. **Lavagem de Dinheiro e Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 43-44.

³³⁴ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 24. Conforme apontam Badaró e Bottini, “[n]otou-se que o *dinheiro* é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo *confisco* dos *valores* que mantêm operante sua estrutura. E que o *rastreamento* dos bens que se originam nos atos infracionais e

A partir da década de 1980, com o crescimento do crime organizado, principalmente quanto ao tráfico transnacional de drogas, a comunidade internacional se voltou à lavagem de dinheiro, como forma de dismantelar os grandes centros de poder (político, social e econômico) que se criavam com a prática de crimes³³⁵. Os meios tradicionais de combate à criminalidade eram ineficientes em face da nova estrutura criminal-empresarial. Nesse sentido, Badaró e Bottini mencionam o instituto da prisão que, por conta da impessoalização (ou anonimato) das organizações criminosas, tornou-se irrelevante, “seja pela continuidade da cadeia de comando a partir das unidades prisionais, seja pela fungibilidade de seus membros, que podem ser substituídos por outros com facilidade em determinados contextos”³³⁶.

É nesse cenário de globalização do crime e de surgimento das organizações criminosas que se origina a expressão “lavagem de dinheiro”, cunhada pelas autoridades norte-americanas³³⁷, em referência ao argumento empregado pela máfia da década de 1930 para justificar a origem dos seus vultuosos recursos ilícitos, qual seja, a exploração (superfaturada) de serviço de lavanderia (de fachada)³³⁸.

Considerando que “o Direito Penal Nacional se declara e se manifesta através do Direito (Penal) Internacional naqueles campos delitivos, em cuja luta se apresenta um

sustentam as empreitadas delitivas (*follow the Money*) é o primeiro passo para uma política criminal consistente nesse setor” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 30).

³³⁵ “Novamente, a moderna realidade social, com suas demandas e problemas característicos, surge como um importante fator de produção legislativa, ao determinar a formação de uma política criminal em relação ao problema da criminalidade organizada e a conseqüente construção de um sistema de normas para seu controle” (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 324).

³³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 30.

³³⁷ Enquanto Maia sustenta que foram os Estados Unidos o primeiro país a criminalizar a lavagem de dinheiro (MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 26), De Carli afirma que foi na Itália, onde o governo editou, em 21 de março de 1978, o Decreto-Lei n. 59, incriminando “a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro” (DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 80-81).

³³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 29. Conforme apontam Badaró, Bottini e Barros, a expressão foi empregada, pela primeira vez em 1982, em processo judicial, perpetuando-se a partir de então (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 29; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 47). Para Pereira, apesar de a expressão “lavagem de dinheiro” ter-se consolidado no cenário nacional (inclusive na doutrina), o termo tecnicamente correto seria “lavagem de bens, direitos ou valores”, em consonância com a redação da Lei n. 9.613/1998, ou, de forma simplificada, “lavagem de capitais”. Isso decorre do fato de que não somente dinheiro pode ser objeto suscetível de lavagem, mas também qualquer bem ou benefício valorado (ou valorável) economicamente (PEREIRA, Flavio Cardoso. Lavagem de dinheiro: Compatibilidade com o dolo eventual? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 31, p. 32-44, abr./mai. 2005, p. 36).

interesse transnacional”³³⁹, constituiu-se, em torno da lavagem de dinheiro, um regime internacional de combate, composto por convenções e organismos internacionais³⁴⁰. Nessa direção, a primeira manifestação abrangente de combate ao crime de lavagem de dinheiro concretizou-se na Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), que foi referendada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto n. 154, de 26/06/1991^{341 342}, tendo por objetivo “promover a adesão dos Estados no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, tendo em vista que a forma empresarial globalizada da criminalidade organizada impôs a necessidade de uma cooperação internacional direcionada ao seu combate”³⁴³.

A Convenção não emprega o termo “lavagem de dinheiro”, valendo-se de expressões como ocultação e encobrimento da natureza ou aquisição, posse e utilização de bens advindos do tráfico de drogas. Dentre seus aspectos mais importantes, destacam-se os seguintes: (a) o estabelecimento da obrigação de cada país tipificar e penalizar a lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas, a fim de se facilitar a cooperação jurídica e a extradição; (b) a regulação da cooperação jurídica internacional; (c) a determinação do confisco dos bens oriundos do narcotráfico; (d) o estabelecimento de princípios para facilitar a cooperação nas investigações criminais; (e) o estabelecimento do princípio de que o sigilo bancário não deveria interferir nas investigações criminais no contexto da cooperação internacional³⁴⁴.

Kai Ambos aponta que a Convenção de Viena sobre Drogas de 1988 seria a “convenção mãe” do Direito Penal Internacional. À luz desse instrumento, distinguem-se “três tipos penais básicos de lavagem de dinheiro”, quais sejam: (a) tipo penal de intenção, consistente na conversão ou na transferência dos bens produzidos ilegalmente com uma finalidade; (b) tipo penal de ocultação, consistente na ocultação ou no encobrimento da natureza, da origem, da disposição dos bens ou dos direitos sobre eles; (c) tipo penal de aquisição ou posse, consistente na aquisição, no uso ou na posse desses bens³⁴⁵.

³³⁹ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 15.

³⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 97; DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: Prevenção e Controle Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 216.

³⁴¹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 35.

³⁴² BRASIL. Decreto n. 154, de 26 jun. 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 9 fev. 2018.

³⁴³ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 48.

³⁴⁴ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 114.

³⁴⁵ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 17. No mesmo sentido, BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44, para quem o crime de

Do artigo 3º, item 1, alínea “b”, da Convenção, no qual consta a tipificação do crime de lavagem, extrai-se como única forma de cometimento o dolo direto, pois há, na redação do dispositivo, as expressões “com conhecimento de” e “sabendo que”, indicativas de que, no elemento cognitivo do dolo, deve haver certeza, não bastando mera possibilidade ou probabilidade.

Em 1990, foi concluída a Convenção de Estrasburgo³⁴⁶ (não assinada pelo Brasil), também denominada de Convenção sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Produtos do Crime, cujo diferencial consistiu na ampliação do delito antecedente: pela Convenção de Viena de 1988, somente estava tipificado como crime antecedente o tráfico de drogas; pela Convenção de Estrasburgo de 1990, qualquer crime que gerasse bens e valores suscetíveis de serem “lavados” poderia ser caracterizado como crime antecedente³⁴⁷. Conforme aponta De Carli, apesar de a Convenção ter ampliado os crimes antecedentes, não mais vinculados a um rol taxativo, possibilitou-se aos Estados signatários a delimitação, na legislação interna, de quais crimes seriam considerados antecedentes à lavagem³⁴⁸. Dessa forma, os Estados-Partes poderiam criar um rol taxativo de crimes antecedentes ou manter a ampliação dada pela Convenção.

Em 1991, foi editada a Primeira Diretriz (ou Diretiva) Europeia³⁴⁹ (91/308/CEE – Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais), com o fim de “conciliar os sistemas nacionais de Direito Penal para proporcionar a proteção de bens jurídicos da Comunidade Européia”³⁵⁰. As Diretrizes Europeias são normas do direito comunitário,

lavagem pode ser praticado por meio de três condutas: (a) converter ou transferir bens, direitos e valores, com a finalidade de ocultar a procedência delitativa, sem necessidade de que o fim seja alcançado; (b) ocultar ou dissimular os bens, direitos e valores; (c) adquirir, possuir ou utilizar os bens, direitos e valores provenientes da lavagem. De outro lado, De Carli aponta quatro tipos penais básicos elaborados pela Convenção: (a) tipo de conversão ou transferência; (b) tipo de ocultação ou dissimulação; (c) tipo de aquisição, posse ou utilização; (d) tipo de participação ou associação. Os tipos elencados em (a) e (b) seriam tipos de criação obrigatória pelos países signatários, enquanto que em (c) e (d) somente seriam de criação obrigatórias se não ofendessem os princípios constitucionais do sistema interno de cada país (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 216).

³⁴⁶ Convenção de Estrasburgo sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Produtos do Crime, de 8 nov. 1990. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007bd23>>. Acesso em 12 fev. 2018.

³⁴⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 217.

³⁴⁸ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 217.

³⁴⁹ Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 10 jun. 1991. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0308&from=PT>. Acesso em 10 fev. 2018.

³⁵⁰ AMBOS, Kai. *Op. Cit.*, p. 46.

vinculando apenas os países da União Europeia, que, na busca pela harmonização da legislação penal a nível regional, são importantes fontes de normatização, para os países da comunidade, e de inspiração, para os demais³⁵¹.

A Primeira Diretriz, com o intuito de introduzir nos países europeus uma legislação de combate à lavagem, adotou a definição do crime constante na Convenção de Viena de 1988, que previu como único crime antecedente o tráfico de drogas. Nada obstante, considerando a Convenção de Estrasburgo de 1990, sugeriu-se que os países estendessem a proibição para outras atividades criminosas, desde que o produto delas pudesse ser submetido ao processo de branqueamento.

Em 2000, foi elaborada a Convenção de Palermo³⁵², também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e da qual o Brasil é signatário, que manteve os mesmos tipos penais dolosos da Convenção de Viena de 1988 e, na direção da Convenção de Estrasburgo de 1990, não vinculou a lavagem a alguma espécie determinada de crime antecedente, devendo ser antecedente qualquer crime cujo produto possa ser “lavado”.

O diferencial da Convenção de Palermo consistiu na formulação de parâmetros mínimos para definir quais crimes deveriam ser considerados antecedentes, como participação em organização criminosa, corrupção, obstrução da justiça e crimes graves com pena máxima de quatro anos ou mais (“infração grave”).³⁵³ Assim como na Convenção de Viena de 1988, há menção expressa ao dolo direto como forma de cometimento do crime de lavagem no artigo 6º, item 1, alínea “a”, da Convenção, sob o signo de “tem o conhecimento de” e “sabendo o seu autor que”.

Em sequência, foi editada a Segunda Diretiva Europeia³⁵⁴ (2001/97/CE), que, partindo dos tipos penais dolosos definidos na Convenção de Viena de 1988, exemplificou quais crimes poderiam ser considerados antecedentes, a exemplo do tráfico de drogas, da

³⁵¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 149; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit.*, p. 22; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 38.

³⁵² BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 mar. 2004. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12 fev. 2018.

³⁵³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 218.

³⁵⁴ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 4 dez. 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192.0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em 10 fev. 2018.

organização criminosa, da fraude financeira, da corrupção e de qualquer infração da qual resultem proveitos significativos “e que seja punível com uma pesada pena de prisão, nos termos do direito penal do Estado-Membro”³⁵⁵. Nada obstante, consignou-se que os países signatários poderiam designar qualquer outra infração penal como crime antecedente.

Em 2003, no intuito de fortalecer o combate à corrupção no âmbito internacional, foi organizada a Convenção de Mérida³⁵⁶ (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), da qual o Brasil foi signatário, que, no artigo 23, item 1, criminaliza a lavagem de dinheiro. Determinou-se que cada Estado-Parte preveria a mais ampla gama de delitos antecedentes, vinculando-se, no mínimo, aos delitos previstos na Convenção, como corrupção e peculato. Observa-se que, em verdade, não houve alterações substanciais na tipificação em comparação às Convenções anteriores; todavia, esse fenômeno denota a crescente preocupação internacional com a lavagem, a qual resultou estampada em diversos diplomas internacionais como forma de reiterar o compromisso global de combate a essa forma de criminalidade que constantemente adquiria novas facetas.

Em 2005, foi elaborada a Terceira Diretiva Europeia³⁵⁷ (2005/60/CE), com o fim de adequar as medidas adotadas pela comunidade europeia às Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional³⁵⁸ (GAFI), que foram revisadas e ampliadas em 2003, para abranger o financiamento do terrorismo e elaborar requisitos específicos para a identificação e verificação da identidade do cliente e para as situações nas quais um risco mais elevado ou mais brande de lavagem ou de financiamento do terrorismo pudesse justificar medidas mais ou menos severas. As Recomendações do GAFI compõem a *soft law* e consistem em um

³⁵⁵ Observa-se que houve uma ampliação do crime antecedente em relação à Convenção de Palermo, pois se desvinculou a categoria “infração grave” de um patamar de pena.

³⁵⁶ BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 jan. 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em 12 fev. 2018.

³⁵⁷ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 out. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=PT>>. Acesso em 10 fev. 2018.

³⁵⁸ O Grupo de Ação Financeira Internacional, também conhecido como *Financial Action Task Force* (FATF), criado em 1989 pelos sete países mais industrializados do mundo (G7), é a principal entidade intergovernamental de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, visando criar padrões e promover a implementação de políticas para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outras ameaças à higidez do sistema financeiro internacional. Para tanto, são realizadas análises estatísticas, estudos, sistemas de avaliação e controle nos mais diversos países. Para mais informações sobre o GAFI, ver Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF). **Ministério da Fazenda**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>>. Acesso em 10 out. 2018.

conjunto de medidas, ou padrão internacional, que os países devem adotar para combater esses crimes internamente³⁵⁹. Para De Carli, “elas fornecem um conjunto completo de contramedidas que cobrem o sistema de justiça criminal, o sistema financeiro e a sua regulação, e a cooperação internacional”³⁶⁰.

Também em 2005 foi formulada a Convenção de Varsóvia³⁶¹ (Convenção do Conselho da Europa sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco de Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo), voltada ao combate ao financiamento do terrorismo. A lavagem está prevista no artigo 9º, item 1, da Convenção, que mantém a previsão original da Convenção de Viena de 1988, inclusive em relação ao dolo direto (“sabendo que”).

Por fim, em 2015 foi formulada a Quarta Diretiva Europeia³⁶² (Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho), relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Foi reforçada a ideia de alinhamento das ações da União Europeia no combate à lavagem e ao financiamento do terrorismo com as Recomendações do GAFI, sob o argumento de que a adoção de medidas exclusivamente ao nível nacional ou da União produziria efeitos muito limitados.

Internacionalmente, classificam-se as legislações penais domésticas em três categorias: (a) primeira geração, nos casos em que o crime antecedente é unicamente o tráfico de drogas, nos termos da Convenção de Viena de 1988; (b) segunda geração, nos casos em que há a previsão de um rol taxativo de crimes antecedentes; (c) terceira geração, nos casos

³⁵⁹ Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação – as recomendações do GAFI, de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 10 out. 2018.

³⁶⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 159. Para Badaró e Bottini, essas recomendações “indicam medidas administrativas e legislativas importantes para prevenir ou reprimir a lavagem de dinheiro, como a necessidade de criação de órgãos de inteligência financeira em cada país para coordenar as investigações de possíveis atos de mascaramento (Recomendação 26), ou a instituição de regras administrativas para setores sensíveis a tais comportamentos (ex. bancos, corretoras de valores), como a vedação de abertura de contas anônimas em instituições financeiras (Recomendação 10). Tais recomendações não integram o ordenamento pátrio, mas são constantemente citadas como diretrizes para formulação de políticas criminais no setor [...]” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 39).

³⁶¹ Convenção de Varsóvia sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo, de 16 mai. 2005. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168008371f>>. Acesso em 12 fev. 2018.

³⁶² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 mai. 2015. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>>. Acesso em 10 fev. 2018.

em que os crimes antecedentes podem ser quaisquer infrações penais ou estão previstos em um rol exemplificativo³⁶³.

A lei brasileira de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/1998)³⁶⁴ decorreu da obrigação jurídica internacional assumida pelo Brasil na Convenção de Viena de 1988, o que, de acordo com Barros, representa “forte inspiração do chamado *princípio da justiça penal universal*” e a adoção das diretrizes internacionais de combate ao crime transnacional³⁶⁵. Em sua redação original, era classificada como de segunda geração, pois previa taxativamente como crimes antecedentes o tráfico de drogas, o terrorismo, o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional e crimes praticados por organização criminosa.

Também se optou por adotar a expressão “lavagem”, adotada nos Estados Unidos (*money laundering*) e na Alemanha (*Geldwäsche*), em vez de “branqueamento” de dinheiro, empregada na França (*blanchiment d’argent*), Espanha (*blanqueo de capitales*) e Portugal (branqueamento de capitais). Na Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998, foram apresentadas duas justificativas para a adoção do termo “lavagem”: a primeira, o termo já era consagrado na linguagem popular e no glossário das atividades financeiras; a segunda, a palavra “branqueamento” não constava na linguagem formal ou coloquial do país e possuía conotação racista, o que suscitaria “estéreis e inoportunas discussões”³⁶⁶.

³⁶³ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 32, nota de rodapé n. 4.

³⁶⁴ Para Cervini, Oliveira e Gomes, a previsão do crime de lavagem em lei especial “favorece a criação de um espectro punitivo próprio, pretendendo abarcar exaustivamente todo o âmbito da matéria, concentrando em um único diploma a resposta penal e os demais aspectos dela decorrentes. Por outro lado, temos a não inclusão do delito na Parte Especial do Código Penal, contribuindo para a erosão da harmonia legislativa e do sistema punitivo, adotando um modelo político-criminal fragmentado que não respeita o ideal codificador (emblema do garantismo) nem possibilita a sistematização ordenada do universo de condutas sujeitas ao Direito Penal [...]” (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 316). Castellar critica a Lei n. 9.613/98, afirmando que foi formulada à luz de uma política criminal de emergência, na esteira do Direito Penal simbólico, pois “mitiga garantias individuais em prol de um interesse público que não se pode identificar com clareza”. Sustenta, assim, que a legislação visa proteger um bem jurídico que é intangível (CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 133).

³⁶⁵ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 31, grifos do original.

³⁶⁶ BRASIL. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18 dez. 1996. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017. Blanco Cordero critica a expressão “branqueamento de dinheiro”, pela falta de tecnicidade. Nesse sentido, aponta que “lavagem” se relaciona com “dinheiro sujo”, que é o proveniente de atividades ilícitas (lavagem de dinheiro em sentido estrito), enquanto que “branqueamento” se relaciona com “dinheiro negro”, que é o proveniente de

A Lei n. 9.613/1998 sofreu alterações pelas Lei n. 10.467/2002, Lei n. 10.683/2003, Lei n. 10.701/2003 e pelo Decreto n. 5.101/2004, mas a essência do texto original foi preservada. Nada obstante, a grande reforma ocorreu em 2012, com a edição da Lei n. 12.683/2012, que extinguiu o rol taxativo de crimes antecedentes – o que fez a legislação brasileira ser classificada como de terceira geração –, ampliando a categoria de crime para infração penal – o que abarca contravenções penais. Dentre outras medidas, reafirmou a autonomia entre o crime de lavagem e a infração antecedente, facultando a reunião dos processos para julgamento e permitindo a imputação de lavagem ainda que esteja extinta a punibilidade da infração antecedente.

2.2 TIPO OBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.2.1 Conceito

De acordo com Blanco Cordero, a lavagem de dinheiro é o “processo em virtude do qual os bens de origem delitiva se integram no sistema econômico legal com aparência de terem sido obtidos de forma lícita”³⁶⁷. Em sentido semelhante, para o GAFI, a lavagem de dinheiro é o processo por meio do qual os proveitos do crime têm sua origem ilícita disfarçada³⁶⁸.

atividades lícitas com inadimplemento das obrigações fiscais (lavagem de dinheiro em sentido amplo). Além disso, o objeto da lavagem não está restrito a dinheiro, mas se estende também a direitos e valores. Logo, afirma que o correto seria a denominação “lavagem de capitais ou de bens” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 87-90).

³⁶⁷ Tradução livre do original: [...] *proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita* (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 93).

³⁶⁸ FATF. **Money laundering**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223>>. Acesso em 12 fev. 2018. Castellar diverge desse entendimento, afirmando que “por lavagem de dinheiro deve-se entender como sendo um mero estratagema pelo qual um sujeito possuidor de dinheiro subtraído ao controle fiscal o incorpora ao circuito legítimo, ocultando a infração fiscal implícita e também a origem delituosa da riqueza, mas com um aspecto inegavelmente positivo que é o de submeter estes bens e valores, a partir de então, aos deveres de contribuição ao poder público”. Também assevera que a “lavagem de dinheiro seria “uma atividade irrelevante desde o ponto de vista jurídico-penal, salvo no que ela tem de valor indiciário naquilo que respeita ao cometimento de um fato delitivo anterior” (CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 180-181).

Dessas definições, extraem-se alguns elementos importantes para a caracterização do crime de lavagem. Em primeiro, trata-se de um processo, ou seja, de uma sequencialidade de atos voltados a um fim comum, atribuindo uma complexidade inerente a essa espécie delitiva³⁶⁹. Em segundo, há, necessariamente, a prática de uma infração penal anterior da qual decorre o proveito (bens, direitos ou valores) objeto do processo de lavagem. Em terceiro, há a dissimulação da origem ilícita do proveito da infração penal antecedente, pois o objetivo final do processo de lavagem é dar aparência lícita aos proveitos ilícitos, permitindo, assim, que sejam livremente utilizados e reinseridos na economia.

Conforme ressaltam Badaró e Bottini, “não se trata de um simples ato de ocultação, de um mero esconder bens de origem delitiva, mas de uma atividade voltada à simulação, à confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos – ainda que tal objetivo não seja necessariamente alcançado”³⁷⁰. Bonfim e Bonfim acrescentam que, além da dissimulação da origem ilícita dos bens, direitos ou valores, também se visa possibilitar que sejam posteriormente utilizados na economia legal³⁷¹.

Assim, esse processo dissimulatório consiste no distanciamento dos bens, direitos ou valores de sua fonte ilícita (infração penal antecedente), realizando diversas operações e movimentações financeiras, o que, muitas vezes, envolve interpostas pessoas (físicas ou jurídicas), para dificultar o rastreamento de sua origem. Consequentemente, cria-se uma nova roupagem para aquele capital, que pode ser utilizado como se legítimo fosse³⁷².

Doutrinariamente, divide-se o delito de lavagem em três fases; todavia, essa divisão atende a fins meramente didáticos e esquemáticos, pois, em face da riqueza do mundo dos fatos, é possível que nem todas as fases ocorram ou que suas fronteiras sejam dúbias e sobrepostas. Logo, não se pode ter “exagerado apego” a elas³⁷³.

A primeira fase é denominada de ocultação, colocação, conversão ou *placement*, na qual se busca ocultar os bens, direitos ou valores ilícitos, afastando-os da sua origem. Para tanto, há “alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração

³⁶⁹ Para Blanco Cordero, isso significa que não é um fato pontual que dá imediatamente ao proveito do crime uma aparência legal, consistindo em uma série de atuações que progressivamente levam ao resultado pretendido (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 91).

³⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 32.

³⁷¹ BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit.*, p. 29.

³⁷² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 119.

³⁷³ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 120.

antecedente, ou outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o origina”³⁷⁴.

Nessa etapa, além de afastar o produto ilícito de sua origem, busca-se fracioná-lo em pequenas quantidades para evitar suspeitas dos agentes bancários, técnica conhecida como *smurfing*³⁷⁵. Como exemplo, menciona-se a grande quantidade de dinheiro movimentada pelo tráfico de drogas, que pode ser depositada em pequenos valores em contas bancárias de interpostas pessoas (laranjas) para disfarçar a sua origem ilícita. Não há, necessariamente, relação com o sistema financeiro, vez que é possível haver a conversão pela simples aquisição de mercadorias ou realização de negócios de compra e venda³⁷⁶.

Essa ocultação ocorre por meio da aplicação dos proveitos ilícitos no mercado formal, o que constitui o primeiro passo para sua conversão em ativo lícito. Maia elenca algumas formas como pode dar-se a ocultação, dentre elas: (a) depósitos em contas correntes ou aplicações financeiras em bancos convencionais; (b) troca de diversas notas de pequeno valor por outras de maior numerário, a fim de reduzir a quantidade de papel-moeda; (c) conversão em moeda estrangeira, por meio de doleiros; (d) importação de mercadorias superfaturadas ou inexistentes, para justificar a remessa de dinheiro ao exterior. Para o autor, em razão de o dinheiro ainda não estar “lavado” e da proximidade temporal com a infração penal antecedente, são maiores as chances de se descobrir o processo de lavagem nessa etapa³⁷⁷.

Na segunda fase, conhecida como dissimulação, mascaramento ou *layering*, há a realização de sucessivas operações financeiras e bancárias como forma de dificultar o rastreamento da origem do dinheiro (*paper trail*), o que envolve não somente diferentes tipos de operações, mas também diferentes países e instituições financeiras³⁷⁸. De acordo com Barros, “é no desenrolar dessa ‘superposição de transações’ que o ciclo contínuo de lavagem naturalmente se desenvolve (é o mecanismo próprio da lavagem), eis que é inerente

³⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 32.

³⁷⁵ “No Direito latino, criou-se a figura do denominado *pitufeo* ou *smurfing*, como sendo um método empregado pelos criminosos que lavam dinheiro, consistente em efetuar múltiplos depósitos fracionados em uma ou em diversas contas, de um cliente ou de diferentes usuários, que, se somadas todas elas, por pertencerem a um mesmo dono, resultam em quantias valiosas, ou seja, apresentando valor considerável. Assim, tentam os lavadores de dinheiro não deixar margens a desconfianças, ao depositarem pequenas quantias com vistas a iludir os agentes financeiros ou bancários” (PEREIRA, Flavio Cardoso. *Op. cit.*, p. 41).

³⁷⁶ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 38.

³⁷⁷ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 37-38.

³⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 33.

à *dissimulação* o objetivo final de *estruturar* o lucro ilícito com nova aparência de ativos lícitos”³⁷⁹.

É por conta da sobreposição de diversas operações financeiras e bancárias que se cunhou a expressão *layering*, como se houvesse diversas camadas sobre os valores ilícitos que os cobrissem e que criassem uma nova origem. Maia afirma que essa é a lavagem propriamente dita, pois é a que fornece uma aparência lícita aos ativos originalmente ilícitos³⁸⁰.

Por fim, a última fase, denominada de integração ou *integration*, consiste no emprego dos ativos “lícitos”, decorrentes da dissimulação, no mercado formal, por meio da aquisição de bens, da criação, simulação ou investimento em negócios lícitos³⁸¹, da realização de operações de importação/exportação e compra e venda de imóveis com preços diferentes dos de mercado, etc³⁸². Ademais, muitas vezes o dinheiro originalmente ilícito e já “lavado” é misturado com dinheiro proveniente de atividades lícitas, o que dificulta ainda mais o rastreamento do delito³⁸³, pois há “uma explicação quase imediata para um alto volume de moeda, a saber, a receita gerada por um negócio legítimo”³⁸⁴.

Assim, diferentemente da primeira fase, em que há a aplicação do dinheiro ilícito na economia, aqui já houve a lavagem propriamente dita, ou seja, o dinheiro já adquiriu a aparência de licitude; conseqüentemente, ele é reinserido na economia sem suscitar dúvidas acerca de sua origem. Para Maia, a integração representaria uma das facetas da lavagem, qual seja, a de “custo operacional que se convola em investimento”³⁸⁵.

³⁷⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 50, grifos do original.

³⁸⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 38-39.

³⁸¹ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 40.

³⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 33.

³⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 33. Barros afirma que “o agente de lavagem mistura seus recursos ilícitos com os recursos legítimos de uma empresa e depois apresenta o volume total como sendo a receita proveniente da atividade legítima daquela empresa” (BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 51).

³⁸⁴ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 51. Em outra obra, o autor exemplifica os tipos de negócios que mais movimentam pequenas somas de dinheiro diariamente, fato que os torna muito atrativos para os lavadores, como postos de gasolina, pizzarias, padarias, restaurantes, magazines, lavanderias, etc. (BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 41).

³⁸⁵ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 40. Para quem entende que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem é a ordem econômica (assunto objeto da subseção 2.2.3), a maior possibilidade de lesão ao bem jurídico estaria concentrada na fase da integração, seja pela ótica da livre concorrência, seja pela ótica da economia popular (WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 196; MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 40).

A legislação brasileira não exige, para a tipicidade ou consumação do crime, o exaurimento das três fases; tampouco prevê diferentes sanções para cada uma delas. Dessa forma, basta a realização da ocultação para tipificação e consumação da conduta, inexistindo diferença entre as penas caso se pratique somente a primeira fase ou todas elas³⁸⁶.

2.2.2 Condutas típicas

A tipificação da lavagem se pautou em tipos penais tradicionalmente existentes, como a receptação e o favorecimento real. Nesse sentido, nem todos os países optaram por tipificá-la, vez que, a depender da redação legal, essa conduta já estaria enquadrada nos demais tipos penais³⁸⁷. A fim de aferir a necessidade ou não de formular um tipo específico para a lavagem, Kai Ambos propõe a seguinte indagação: “*se e até que ponto o direito vigente compreende penalmente as práticas de lavagem de dinheiro ou – ao contrário – até que ponto existem lacunas de punibilidade que deveriam ser preenchidas através de um tipo penal próprio da lavagem de dinheiro*”³⁸⁸.

Nada obstante, em razão da sofisticação das formas de mascaramento e da formação de organizações criminosas empresarialmente organizadas com o intuito de lavar ativos³⁸⁹, formulou-se, no Brasil, um tipo penal específico que abarcasse mais situações e que permitisse a punição do autor da infração penal antecedente (“autolavagem”)³⁹⁰. Assim, na

³⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 33; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2012, p. 53; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 42.

³⁸⁷ Cabe apresentar, aqui, uma breve distinção entre a lavagem e os tipos penais da receptação e do favorecimento real. Em relação à receptação, podem-se apontar duas principais diferenças: a) bem jurídico, que, para a lavagem, discute-se se é a ordem econômica ou a administração da justiça (assunto objeto da subseção 2.2.3) e, para a receptação, é o patrimônio; b) vantagem econômica, que necessariamente ocorre na receptação, enquanto que é prescindível na lavagem. De outro lado, as diferenças que a doutrina aponta para o crime de favorecimento real são: a) bem jurídico, diferença condicionada à posição de cada autor em relação à lavagem, se é ordem econômica ou administração da justiça, pois, se for esta, haveria coincidência de bens jurídicos; b) possibilidade de punição do autor do crime antecedente, que só é possível na lavagem, pois o crime de favorecimento real só pode ser praticado por terceiro; c) elemento subjetivo, que, para o favorecimento real, seria o asseguramento do proveito do crime, enquanto que, na lavagem, é dar aparência lícita a capitais de origem ilícita para reinseri-los na economia formal (WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p.199-203; CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 166).

³⁸⁸ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 22-23, grifos do original.

³⁸⁹ Ver nota de rodapé n. 335.

³⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 35.

medida em que a lavagem é um processo, “a conduta típica [...] não caracteriza uma conduta objetiva, mas sim um juízo de valor sobre várias condutas”³⁹¹.

O art. 1º da Lei n. 9.613/1996 tipifica as condutas de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”³⁹². Por conseguinte, não há a necessidade de ocultação ou dissimulação do objeto em si (bens, direitos ou valores), mas de uma das suas características elencadas no dispositivo legal (natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade).

Segundo o dicionário, ocultar significa não deixar ver, encobrir, esconder, não revelar, disfarçar, deixar de mencionar ou de descrever, nos casos em que a lei exige a menção ou a descrição³⁹³. De outro lado, dissimular seria o ato de tornar invisível ou pouco perceptível, ocultar, esconder³⁹⁴. Para De Carli, apesar de esses termos aparecerem como sinônimos no dicionário, há diferenças quando contrapostos, pois dissimular deveria ser compreendido como disfarçar, modificar para enganar, ou seja, haveria uma alteração no objeto, enquanto que a ocultação pressupõe somente um encobrimento³⁹⁵.

No § 1º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998³⁹⁶, tipificam-se as condutas de converter em ativos lícitos, adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar ou transferir bens, direitos e valores provenientes de infração penal ou importar/exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros com o fim de ocultar ou dissimular a sua utilização.

Percebe-se, *prima facie*, uma diferença com o *caput* do mesmo artigo: no § 1º, é necessário que o agente pratique os verbos nucleares arrolados nos incisos com a finalidade

³⁹¹ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 53.

³⁹² BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 mar. 1998, alterada pela Lei n. 12.683, de 9 jul. 2012. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

³⁹³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 1.377.

³⁹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Op. cit.*, p. 697.

³⁹⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 232.

³⁹⁶ 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. [...] § 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; [...] (BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 mar. 1998, alterada pela Lei n. 12.683, de 9 jul. 2012. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018).

específica de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos e valores ilícitos; no *caput*, tipifica-se tão somente o ato de ocultar ou dissimular a sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade. Assim, caso as condutas do art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998 sejam praticadas sem a intenção de ocultar ou dissimular a utilização dos capitais, serão atípicas.

De outro lado, o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 tipifica ainda como lavagem as condutas de “utiliza[r], na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” e “participa[r] de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”.

Em relação ao tipo da participação (art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998), trata-se, em verdade, de um tipo penal extensivo de concurso de pessoas (art. 29 do CP)³⁹⁷. Observa-se que não há a tipificação de uma nova conduta, simplesmente punindo-se a participação de quem integra grupo, associação ou escritório que tem como atividade principal ou secundária as condutas tipificadas no art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Nesse sentido, parte-se do exemplo de duas pessoas que se associaram para praticar especificamente uma conduta de lavagem: caso se interprete literalmente o artigo, imputar-se-iam dois crimes de lavagem aos agentes, quando, em verdade, trata-se de um único crime de lavagem praticado em concurso de pessoas.

Também se aponta que é inadequada a punição da participação (em sentido amplo) somente na modalidade do dolo direto, decorrente da existência de elemento subjetivo especial do tipo (“tendo conhecimento de”), uma vez que é irrelevante, para fins de concurso de pessoas, a modalidade dolosa dos agentes. Caso o crime seja compatível com o dolo eventual, todos que concorreram para a conduta serão punidos por dolo direto ou eventual; caso não seja, somente por dolo direto. Assim, o concurso de pessoas é instituto autônomo do elemento subjetivo, inexistindo razões para haver referida restrição legal.

Há, pois, um problema de técnica legislativa, vez que a previsão do concurso de pessoas está deslocada, como se nova modalidade de conduta fosse. Assim como a tentativa está prevista no art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.613/1998, também a previsão do concurso de pessoas deveria constar em um parágrafo apartado, e não no § 2º, vez que não se trata de novo verbo nuclear ou nova forma de cometimento do crime.

³⁹⁷ Do mesmo modo, há também os crimes de associação criminosa (art. 288 do CP) e organização criminosa (Lei n. 12.850/2013).

Por fim, consoante Badaró e Bottini, é atípica a conduta de simplesmente usufruir do bem, direito ou valor proveniente de infração penal, por ausência de previsão legal. Como exemplo, mencionam o caso de o agente se valer de dinheiro ilícito para adquirir um imóvel, em nome próprio, ou transferi-lo para empresa da qual é abertamente instituidor³⁹⁸. Na medida em que não há a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, não estaria tipificado o crime do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Todavia, ressalta-se que, caso haja a intenção de ocultação ou dissimulação, poder-se-ia enquadrar essas condutas no § 1º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, a depender da forma como se desse a operação.

2.2.3 Bem jurídico tutelado

Bem jurídico, enquanto valor ético-social protegido pelo Direito com o fim de manter a ordem social, “é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”³⁹⁹. É, portanto, um critério limitador e integrante do ilícito penal, cuja proteção é a função prioritária – ainda que em caráter fragmentado e subsidiário – das normas penais⁴⁰⁰.

Esse tema – dotado de complexidade própria⁴⁰¹ – torna-se mais nebuloso quando associado ao crime da lavagem de dinheiro, em decorrência das incertezas dogmáticas acerca

³⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 120.

³⁹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed., 17ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16-17.

⁴⁰⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 177.

⁴⁰¹ A noção de bem jurídico, até o início do século XIX, era orientada pela ideia de “lesão a direito”, FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. Posteriormente, von Liszt elabora a ideia de bem jurídico como “interesse juridicamente protegido” (LISZT, Fran von. *Op. cit.*, p. 93). A despeito do tratamento secular dado à matéria, como se observará nas obras adiante elencadas, pode-se afirmar que o problema de conceituação (universal) do bem jurídico é insolucionável (STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 144). Indicam-se, de forma não exaustiva, os seguintes títulos relativos ao desenvolvimento da noção de bem jurídico: HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. **Anales de Jurisprudencia**, n. 260, nov./dez. 2002, p. 301-335; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. **Indret: Revista**

do delito e da previsão do tipo em lei especial, ou seja, não está enquadrado num dos títulos do Código Penal representativos do bem jurídico tutelado⁴⁰². Essa nebulosidade é refletida pela multiplicidade de entendimentos a respeito do tema, que se consubstanciam, no ordenamento jurídico brasileiro, em quatro correntes doutrinárias.

A primeira corrente afirma que o bem jurídico tutelado pela Lei n. 9.613/1998 corresponde ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal do crime antecedente; a segunda, à administração da justiça; a terceira, à ordem econômica; a quarta, a uma pluralidade de bens⁴⁰³.

O fundamento da primeira corrente reside no fato de que o delito de lavagem visa assegurar o proveito de crime anterior, cujo produto não está apto a ser utilizado quando de sua consumação, exigindo a prática de outro crime – de lavagem – para que se torne aproveitável⁴⁰⁴. Assim, “a reciclagem do recurso havido a partir do crime antecedente caracterizaria nova violação do mesmo bem jurídico anteriormente violado”⁴⁰⁵.

Todavia, a adoção desse posicionamento importa concluir que a lavagem seria mero exaurimento do crime antecedente, o que vai de encontro à autonomia própria do tipo penal,

para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, n. 2, 2008; RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Tradução de Enrique Bacigalupo. **Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Buenos Aires: Depalma, a. 4, 1975, p. 329-347. Para concepções atuais do tema, JAKOBS, Günther. **Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução, apresentação e notas de Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018; HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Tórtima. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-22; ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução de Cancio Meliá. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Vol. 15-01 (2013), p. 1-27.

⁴⁰² As controvérsias relativas ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem não são exclusividade brasileira. Nesse sentido, Blanco Cordero apresenta uma exposição e análise da matéria nos ordenamentos jurídicos alemão, suíço e italiano, valendo-se do método do Direito comparado para determinar qual é o bem jurídico do tipo penal espanhol (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 183-193).

⁴⁰³ WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 192.

⁴⁰⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 157. Para o autor, tratar-se-ia de um problema de “gestão financeira” do proveito do crime antecedente. É curioso notar, entretanto, que, na mesma obra, Castellar afirma que não há bem jurídico algum tutelado pelo tipo penal da lavagem, que seria fruto de um Direito Penal emergencial. Assim, o autor se contradiz em dois momentos: defende que inexistente bem jurídico protegido, apesar de afirmar que este seria idêntico ao do crime antecedente e que não existe crime sem violação a bem jurídico, à luz do princípio da lesividade (CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 195). As posições defendidas pelo autor são, dessa forma, incompatíveis.

⁴⁰⁵ WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 192.

extraída do art. 2º, II, § 1º, da Lei n. 9.613/1998⁴⁰⁶. Nesse sentido, Barros afirma que a complexidade e multidisciplinariedade do diploma legal devem servir de parâmetro na identificação do bem jurídico⁴⁰⁷.

Para Blanco Cordero, essa corrente atribui ao tipo penal da lavagem uma função preventiva geral, visto que almeja diminuir as possibilidades de o agente usufruir do dinheiro ilícito e, portanto, serve de desincentivo à prática do crime antecedente. Nada obstante, essa justificativa não se sustenta, vez que é possível haver a aplicação de pena a alguém diverso daquele cujo comportamento se pretende evitar, pois a lavagem pode ser praticada por terceiro alheio ao crime antecedente⁴⁰⁸.

Welter, além da crítica de que essa vertente tornaria o crime de lavagem mero exaurimento do crime anterior, ainda elenca outros três problemas: (a) essa justificativa seria plausível nos países em que a legislação somente punia a lavagem decorrente do tráfico de drogas (legislação de primeira geração); (b) com a ampliação do rol de delitos antecedentes, essa posição implicaria um “supertipo”; (c) o ato de reciclar os capitais não contribui para a lesão do bem jurídico anteriormente lesado, não sendo esse o propósito do agente, vez que a vantagem econômica já foi obtida⁴⁰⁹.

Entretanto, discorda-se da primeira crítica, o que, por consequência, acarreta a irrelevância da segunda: caso fosse plausível sustentar que o bem jurídico do crime de lavagem corresponde ao do crime antecedente nos casos em que este fosse tráfico de drogas, seria indiferente a existência de rol taxativo de crimes antecedentes ou não. Assim, afirmar que a correspondência entre os bens jurídicos seria possível quando a lavagem decorresse do tráfico de drogas importa afirmar que, mesmo com a extinção do rol taxativo de crimes

⁴⁰⁶ Art. 2º – O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: [...] II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; [...] § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. [...] (BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 mar. 1998, alterada pela Lei n. 12.683, de 9 jul. 2012. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018). Afirmando a independência do tipo penal da lavagem, WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 192; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 185; CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 324.

⁴⁰⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 45.

⁴⁰⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 199.

⁴⁰⁹ WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 192-193.

anteriores, essa correspondência com o bem jurídico do tipo penal do tráfico permaneceria, pois a existência do rol taxativo não altera o bem jurídico protegido pela norma penal.

Em verdade, a não correspondência dos bens jurídicos com a ampliação do rol (ou inexistência de taxatividade) não decorre do fato de essa correspondência somente existir quando o crime antecedente for o tráfico de drogas, mas sim do fato de que não há lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo do crime antecedente – o que corresponde à terceira crítica apontada pelo autor.

Tomando como exemplo o tráfico de drogas, não se pode afirmar que o mascaramento da origem ilícita dos valores auferidos, realizado para possibilitar o seu aproveitamento e reinserção na economia formal, lesa a saúde pública (bem jurídico do crime de tráfico de drogas). Esse exemplo demonstra que, ainda que se trate de tipo de primeira geração, não há a correspondência entre os bens jurídicos da lavagem e do crime antecedente. Quando da prática da lavagem, já houve a consumação do crime antecedente e a obtenção do seu produto ou vantagem, esgotando-se, portanto, a lesão ao respectivo bem jurídico.

A lavagem, ainda que seja crime acessório⁴¹⁰, ou seja, dependente da existência de outro crime, trata-se de conduta independente, consistindo em processo para forjar a origem ilícita de bens ilícitos, a fim de que possam ser usufruídos e reinseridos na economia. Portanto, não se pode sustentar a correspondência entre o bem jurídico do crime antecedente e o do crime de lavagem.

De outro lado, a segunda corrente aponta como bem jurídico do crime de lavagem a administração da justiça, vez que dificultaria a investigação e o julgamento do crime antecedente, assim como a recuperação do produto ilícito obtido⁴¹¹. Na medida em que o objetivo do processo de lavagem é mascarar a origem ilícita do produto do crime antecedente para reinseri-lo na economia formal, a identificação do crime antecedente, do seu produto e de seu agente torna-se mais difícil na ausência de rastros; figurativamente, poder-se-ia remeter à imagem de passos sem pegadas.

Welter critica essa posição no sentido de que o objetivo do agente não seria afetar o funcionamento da justiça, até porque, não raras vezes, o autor do crime de lavagem não possui envolvimento com o crime antecedente. Seu verdadeiro intuito seria o lucro fácil, a facilidade

⁴¹⁰ Nesse sentido, DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 184; SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 42.

⁴¹¹ Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 89, ss.

de obtenção de ganhos econômicos, e não prejudicar o sistema judicial⁴¹². Contudo, nem sempre o bem jurídico penal corresponde à intenção ou aos motivos do agente. Exemplificativamente, menciona-se novamente o tráfico de drogas: na grande maioria dos casos, o intuito do agente é a obtenção de lucro fácil; todavia, o bem jurídico da norma penal é a saúde pública, ainda que o agente não tenha almejado lesioná-la⁴¹³.

Partindo de uma perspectiva político-criminal, Blanco Cordero aponta duas críticas a esse corrente: (a) o crime de lavagem sempre atenta contra a administração da justiça, mas não em caráter principal, pois esse bem jurídico não se faz presente na terceira fase da lavagem (integração), que seria a mais importante de todo o processo; (b) a administração da justiça já estaria tutelada, nas duas primeiras fases da lavagem, pelos outros tipos de encobrimento (receptação e favorecimento real)⁴¹⁴.

Para a terceira corrente, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem corresponde à ordem econômica⁴¹⁵, porquanto “[o] ingresso de capitais lavados em setores da economia pode levar a desequilíbrio, na medida em que os atores favorecidos deste nicho do mercado serão indevidamente beneficiados em prejuízo dos demais”⁴¹⁶. Isso decorreria do fato de que as empresas financiadas com o dinheiro lavado se valeriam de capital vultuoso e de custo reduzido, enquanto que a concorrência estaria sujeita às regras do mercado. Outrossim, as empresas custeadas com o dinheiro ilícito teriam a sua imagem afetada negativamente, o que traria prejuízos à sua atividade quando isso viesse a público⁴¹⁷.

Blanco Cordero aponta que a ordem econômica não é o bem jurídico prevalentemente protegido, pois “quem oculta uma pequena quantidade de dinheiro obtida de um crime grave,

⁴¹² WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 195; p. 199.

⁴¹³ Para De Carli, “[e]m geral, quem lava dinheiro não visa, primordialmente, ao lucro. Quando realiza algum investimento, seu interesse é o de proteger os rendimentos da atividade criminosa e disfarçar sua origem ilícita” (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 107).

⁴¹⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 199-200.

⁴¹⁵ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 116. Para Silva, “[o] crime de ‘lavagem de dinheiro’ caracteriza-se como crime econômico, porque lesa bens ou interesses abrangidos pela ordem econômica; o bem jurídico tutelado é, pois, o sistema econômico-financeiro. Sendo assim, o bem ou interesse jurídico tutelado, por sua vez, caracteriza-se como bem ou interesse supraindividual, ou metaindividual, ou seja, é o corpo social ou a coletividade. Não há, com isso, exclusão do interesse individual. Sempre que há interesse coletivo protegido, obviamente que há também interesse individual, porém em menor grau” (SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 49).

⁴¹⁶ WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 196.

⁴¹⁷ WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 196.

difícilmente se pode dizer que altera a ordem econômica”⁴¹⁸. Em sentido semelhante, Badaró e Bottini afirmam que “[a]inda que a maior parte dos crimes de lavagem afete – ou tenha o condão de afetar – o funcionamento da economia, em especial sob o prisma da livre concorrência, nem sempre isso ocorre”⁴¹⁹. Exemplificativamente, menciona-se a fase da conversão (primeira etapa do processo de lavagem), em que pode haver a simples compra de mercadoria, sem haver a afetação do sistema econômico-financeiro⁴²⁰.

Por fim, a quarta corrente pode ser compreendida como uma teoria mista, pois aponta que o tipo penal da lavagem é pluriofensivo, ou seja, protege mais de um bem jurídico. Em caráter predominante, quem é adepto a essa corrente aponta como bens jurídicos tutelados a ordem econômico-financeira e a administração da justiça⁴²¹.

O problema dessa posição é que, como todas as teorias mistas ou ecléticas, tende a ser a mais confortável e menos técnica, pois, conforme Badaró e Bottini, “[a]pontar como diversos os bens jurídicos tutelados é o mesmo que indicar nenhum”⁴²², ou seja, o que muito protege nada tutela. Ademais, para Blanco Cordero, apesar de a pena do delito de lavagem ser superior às correspondentes a delitos similares, ela não é suficientemente excessiva para se derivar o seu caráter pluriofensivo⁴²³.

⁴¹⁸ Tradução livre do original: [...] *quien oculta una pequeña cantidad de dinero obtenida de un delito grave, difícilmente se puede decir que altera el orden económico* (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 195-196).

⁴¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁴²⁰ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. *Op. cit.*, p. 38.

⁴²¹ Nesse sentido, WELTER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 199; BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit.*, p. 32. Em sentido diverso, Barros entende que os bens jurídicos tutelados são a estabilidade/credibilidade dos sistemas econômico e financeiro (bem jurídico imediato) e a proteção da ordem socioeconômica (bem jurídico mediato), não fazendo menção à administração da justiça (BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 42-45). Aproximando-se de Barros, Cervini, Oliveira e Gomes apontam que a lavagem afeta interesses coletivos, como o mercado e suas instituições e o sistema econômico-financeiro (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 324). Em sentido completamente diverso, Castellar afirma que, independentemente de se considerar como bem jurídico da lavagem a ordem econômica ou a administração da justiça, nenhuma delas seria carecedora de proteção penal, pois o Direito Administrativo já ofereceria proteção suficiente (CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.*, p. 190).

⁴²² Para os autores, ainda que, no caso concreto, possa haver mais de um bem jurídico lesionado, o tipo penal da lavagem tem, como único bem jurídico, a administração da justiça (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 93-94).

⁴²³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 201.

2.2.4 Objeto material

Nos termos do art. 1º, alínea “q”, da Convenção de Viena de 1988, o objeto material do crime de lavagem, ou seja, a coisa sobre a qual recai a conduta, seriam os bens obtidos ou derivados, direta ou indiretamente, da prática de tráfico de drogas. Nada obstante, conforme já analisado *supra*, no item 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO, essa Convenção se restringiu a delimitar como crime antecedente somente o tráfico de drogas (legislação de primeira geração). Nada obstante, Cervini, Oliveira e Gomes destacam que se fixou, desde já, um conceito amplo de objeto material, pois poderia ser qualquer tipo de ativo, corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, tangível ou intangível, inclusive documentos legais que atribuíssem direito relevante sobre ele. Assim, devido ao conceito adotado pela Convenção, “estarão sujeitas todas as coisas passíveis de valoração patrimonial, já que sua conversão em dinheiro é a essência do mecanismo de lavagem de capitais”⁴²⁴.

Com a extinção do rol taxativo de crimes antecedentes ocorrida a partir da Convenção de Estrasburgo de 1990, a definição de objeto material do crime de lavagem adquiriu, conseqüentemente, amplitude ainda maior. De acordo com a mais recente Convenção (Varsóvia, de 2005), qualquer vantagem econômica derivada ou obtida, direta ou indiretamente, de infração penal, seja corpórea ou incorpórea, móvel ou imóvel, e documentos ou instrumentos legais que evidenciem titularidade ou direito relevante sobre ela pode ser objeto de processo de lavagem⁴²⁵.

De acordo com a redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, em conformidade com a Lei n. 12.683/2012, o objeto material da lavagem são bens, direitos ou valores provenientes de infração penal anterior. Nessa direção, Silva aponta que, na medida em que se trata de crime acessório, o objeto material corresponde ao produto proveniente da infração penal anterior⁴²⁶. Assim, o que é produto do crime anterior se torna o objeto material do crime de lavagem.

Para Barros, não basta que os ativos objeto da lavagem sejam “sujos” (de origem ilícita), havendo necessidade de que a infração penal antecedente “tenha produzido relevante

⁴²⁴ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 325.

⁴²⁵ Art. 1º, alíneas “a” e “b”, da Convenção de Varsóvia sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo, de 16 mai. 2005. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168008371f>>. Acesso em 12 fev. 2018.

⁴²⁶ SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 50.

resultado lesivo, compatível com a tutela do bem jurídico atingido pela lavagem de capitais⁴²⁷.

2.2.5 Sujeitos ativo e passivo

A lavagem de dinheiro, nos termos da Lei n. 9.613/1998, pode ser praticada por qualquer pessoa, uma vez que inexistente exigência de qualidades ou características especiais para ser autor do crime⁴²⁸. Ou seja, trata-se de crime comum, que pode ser cometido “por qualquer pessoa, inclusive pelo autor da infração penal antecedente, com exceção do delito previsto no § 1º, inciso II, nas modalidades ‘adquirir, receber ou receber em garantia’, por razões óbvias”⁴²⁹.

Consoante apontado na subseção 2.2.2 Condutas típicas, uma das razões para se criar um tipo autônomo de lavagem, para além dos tipos de receptação e favorecimento real, foi a possibilidade de imputar a lavagem ao autor da infração penal antecedente (autolavagem), sem que isso configurasse dupla punição⁴³⁰. Nada obstante, não necessariamente haverá a coincidência entre os autores, por conta da autonomia típica do crime de lavagem. A não correspondência entre o autor da infração penal antecedente e o da lavagem é conhecida como “terceirização”, fenômeno que encontra origem na criação de verdadeiras estruturas empresariais para a lavagem, o que acarretou a divisão de trabalho e a profissionalização de determinados agentes na atividade⁴³¹.

Um dos objetivos da “terceirização” da lavagem é dificultar o rastreamento do delito antecedente, vez que há um distanciamento entre os autores de cada um deles. Como exemplos de agentes terceirizados de lavagem, Prado menciona incorporadores, gestores de negócios e de patrimônio, consultores, contadores, auditores, advogados, corretores de

⁴²⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2012, p. 64.

⁴²⁸ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 324.

⁴²⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 185.

⁴³⁰ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 54.

⁴³¹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 59.

imóveis, valores mobiliários e seguros, joalheiros, *marchands*, donos de casas de *remittance* e doleiros⁴³².

O que torna esse fenômeno mais atrativo aos agentes é a menor ligação existente entre a infração penal antecedente e a lavagem, não somente pela distinção dos agentes, mas também pela prescindibilidade de revelar detalhes relevantes sobre a origem ou a natureza dos ativos, vez que o “lavador” é tão somente responsável por dissimular ou ocultar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores ilícitos⁴³³.

Ainda em relação ao sujeito ativo, frisa-se que, à exceção da previsão dos arts. 173, § 5º e 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988, acerca dos crimes ambientais e contra a ordem econômico-financeira e contra a economia popular, não se admite a responsabilização da pessoa jurídica no sistema penal brasileiro.

De outro lado, o sujeito passivo do crime, que é o titular do bem juridicamente tutelado, é o Estado, porquanto, independentemente da corrente que se adota de bem jurídico da lavagem (se administração da justiça, ordem econômico-financeira ou ambas), é o ente detentor do seu monopólio⁴³⁴.

Para Barros, secundariamente seria possível figurar como sujeito passivo o particular lesado, em vista dos prejuízos sofridos, e a instituição financeira que teve sua reputação, imagem e credibilidade abaladas⁴³⁵.

2.2.6 Classificação

Acerca das modalidades típicas, discute-se doutrinariamente se o crime de lavagem de dinheiro seria de mera atividade, no qual “a realização da ação não produz resultado independente”, ou de resultado, no qual há a “separação espaço-temporal entre ação e

⁴³² PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 279.

⁴³³ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 279. Para Moro, “a regra nessa espécie de transação é o silêncio, só sendo revelados os fatos necessários à realização do serviço pretendido” (MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 60).

⁴³⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, p. 90.

⁴³⁵ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 53.

resultado⁴³⁶. Nesse sentido, observa-se que alguns autores, em vez de trabalhar com essas categorias, utilizam as classificações de crime formal, material e de mera conduta, os quais consistem, respectivamente, nos tipos em que é prescindível a produção do resultado (ainda que esteja descrito no tipo) para a consumação do crime, nos tipos em que é necessária a produção do resultado naturalístico descrito no tipo para a consumação do crime e nos tipos em que não há a descrição de resultado, mas tão somente da conduta⁴³⁷.

Além da eventual miscelânea e confusão conceituais existentes em relação a essas classificações, não há unissonância na doutrina quanto à prescindibilidade ou não de produção do resultado para a consumação do crime.

Cervini, Oliveira e Gomes afirmam que o tipo penal da lavagem é comportamental, vez que as condutas nele descritas se realizam com o comportamento do agente, sendo desnecessária a produção do resultado para a consumação do crime; logo, tratar-se-ia de crime de mera atividade⁴³⁸.

Barros⁴³⁹, Silva⁴⁴⁰, Bonfim e Bonfim⁴⁴¹ não trabalham com as categorias de crime de mera atividade ou de resultado, mas com as de crime formal, material ou de mera conduta. Para os autores, o crime de lavagem seria formal, uma vez que, a despeito da vontade destinada à produção de um resultado (dar aparência lícita ao patrimônio ilícito), não se poderia exigir a ocorrência desse resultado para a consumação do crime. Por conseguinte, ainda que o agente não obtivesse sucesso no processo de forjar aparência de licitude ao bem, direito ou valor oriundo de infração penal, praticaria o crime de lavagem ao adotar condutas de ocultação ou dissimulação da sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade.

Ainda, entendem que as condutas descritas no art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.613/1998 seriam de mera conduta, vez que o tipo penal descreveria somente a ação, da qual não decorreria nenhum resultado naturalístico externo a ela.

De outro lado, De Carli⁴⁴², Badaró e Bottini⁴⁴³ afirmam que o crime de lavagem é crime de resultado (o que, de acordo com a classificação empregada por Barros, Silva,

⁴³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, 2012, p. 39.

⁴³⁷ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 50.

⁴³⁸ CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 326.

⁴³⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2012, p. 65.

⁴⁴⁰ SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 80-81.

⁴⁴¹ BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. *Op. cit.*, p. 47-52.

⁴⁴² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 244.

Bonfim e Bonfim, corresponderia a crime material), pois a conduta descrita no tipo implica uma alteração no objeto ou no seu estado. Assim, Badaró e Bottini apontam que “*ocultar* ou *dissimular* é ao mesmo tempo um comportamento e um resultado, uma ação e sua consequência, e ambos são elementos do tipo penal”⁴⁴⁴.

Kai Ambos, apesar de também sustentar que se trata de crime de resultado, apresenta fundamentação diversa. Para o autor, considerando que a finalidade da tipificação da lavagem é possibilitar que o Estado intervenha no patrimônio ilícito oriunda da infração penal antecedente, qualquer conduta que visasse ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade desse patrimônio colocaria em risco a finalidade do tipo. Dessa forma, “pode-se ver o resultado, em todo caso, no perigo (abstrato ou concreto) a esta finalidade”⁴⁴⁵.

O problema de adotar o entendimento de que a lavagem é crime formal ou de mera atividade consiste no esvaziamento da tentativa e no superdimensionamento do tipo. Observa-se que a lavagem se diferencia da mera ocultação do proveito do crime em razão do mascaramento da origem ilícita para o fim de permitir a reinserção daquele patrimônio da economia formal. Caso não se exigisse a produção do resultado, que corresponde a dar aparência de licitude ao bem, direito ou valor ilícito mediante a ocultação ou dissimulação de sua natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, punir-se-ia como lavagem a mera ocultação do produto, o que, em verdade, trata-se de pós-fato impunível.

Nessa direção, imagina-se o agente que enterra o dinheiro proveniente da atividade de tráfico de drogas no quintal de sua casa. Caso não se exigisse a produção do resultado, ou seja, a confecção de aparência de licitude decorrente do processo de ocultação ou dissimulação, esse fato, em relação à tipicidade objetiva, seria enquadrado como lavagem de dinheiro, vez que houve, faticamente, a ocultação do patrimônio, ainda que sem forjar a sua origem.

Ademais, caso se considerasse que a lavagem independe da produção do resultado, bastando a prática do ato de ocultação ou dissimulação, esvaziar-se-iam as hipóteses de tentativa, prevista no art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.613/1998. Considerando o exemplo do traficante que enterra o dinheiro no quintal de sua casa, quando ocorreria a tentativa, se a mera

⁴⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 122.

⁴⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 122, grifos do original.

⁴⁴⁵ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 25.

realização da conduta de enterrar o dinheiro bastaria para a consumação do crime? Somente nos casos em que alguém interrompesse a ação de enterrar no agente?

Logo, para fins de tipicidade objetiva, somente há a consumação do crime de lavagem de dinheiro com a produção do resultado advindo da ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dos bens, direitos ou valores, forjando a aparência de licitude.

Outrossim, a lavagem é crime acessório, uma vez que necessariamente depende da prática de infração penal antecedente para que ocorra. Logicamente, se a lavagem consiste na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores de origem ilícita, não há como haver a lavagem sem a existência de infração anterior da qual se originou os proveitos ilícitos. Nessa direção, a infração penal antecedente é um dos elementos normativos do tipo penal da lavagem⁴⁴⁶.

Apesar de ser acessório, também se trata de tipo autônomo em relação à infração penal antecedente⁴⁴⁷, conclusão que se extrai do art. 2º, II, § 1º, da Lei n. 9.613/1998. Observa-se que, de acordo com esses dispositivos, é possível o agente ser processado pelo crime de lavagem ainda que a infração penal antecedente não tenha sido objeto de processo ou julgamento (art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998). Nesse sentido, a denúncia deve ser instruída com indícios suficientes da existência da infração antecedente, sendo prescindível a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado ou de processo em curso (art. 2º, § 1º, primeira parte, da Lei n. 9.613/1998)⁴⁴⁸.

Além da autonomia processual, também há a autonomia material dos crimes, uma vez que é punível a lavagem de dinheiro ainda que o autor da infração penal antecedente seja desconhecido ou isento de pena ou que tenha sido extinta a punibilidade (art. 2º, § 1º, segunda parte, da Lei n. 9.613/1998). Assim, o aspecto relevante da infração antecedente para o crime de lavagem é a materialidade, uma vez que dela decorre a natureza ilícita do patrimônio submetido ao processo de lavagem, sendo irrelevantes questões atinentes à autoria, à culpabilidade ou à punibilidade.

⁴⁴⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 228; DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 184; SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁴⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 229.

⁴⁴⁸ Consoante De Carli, “é dispensada a prova da autoria e da culpabilidade dos crimes antecedentes para a propositura de denúncia ou condenação pela lavagem de dinheiro deles decorrentes” (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 185). Badaró e Bottini complementam essa afirmação, apontando que, para a denúncia, bastam indícios da materialidade, mas, para a condenação, é necessária prova inequívoca da materialidade (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 107).

Além disso, conforme consta no art. 2º, II, e no Capítulo IV da Lei n. 9.613/1998, os bens, direitos e valores objeto da lavagem podem ser oriundos de infração penal cometida no exterior, o que não constitui óbice à persecução do crime de lavagem e, conseqüentemente, reafirma a autonomia do tipo.

Por fim, também diverge a doutrina quanto à classificação do crime de lavagem em permanente ou instantâneo. Para De Carli, trata-se de um crime permanente, vez que a ocultação ou a dissimulação se mantém pela vontade do agente⁴⁴⁹, posição com a qual concordam Silva⁴⁵⁰, Bonfim e Bonfim⁴⁵¹. Contudo, de acordo com Badaró e Bottini, a lavagem é crime instantâneo de efeitos permanentes. Isso deriva da posição que os autores tomam quanto ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem, que, para eles, corresponde à administração da justiça. Assim, afirmam que, uma vez que os crimes contra a administração da justiça são instantâneos, também o seria a lavagem⁴⁵².

Barros opta por uma posição intermediária, afirmando que, a depender das circunstâncias fáticas de cada caso, a lavagem poderia ser tanto um crime permanente, quanto um crime instantâneo de efeitos permanentes⁴⁵³.

Acerca do tema, também se destaca o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Em 2011, nos autos do Inquérito n. 2471⁴⁵⁴, de São Paulo, o STF deixou de analisar eventual prescrição do crime, quando do recebimento da denúncia, por não ter, à época, fixada tese acerca da natureza da lavagem, se crime instantâneo de efeitos permanentes ou se crime permanente.

Nada obstante, a partir do julgamento da Ação Penal n. 863⁴⁵⁵, de São Paulo, em 2017, fixou-se o entendimento de que o crime de lavagem, na modalidade ocultação, possui natureza permanente, uma vez que não cessa a prática do delito enquanto não cessar a ocultação. Em sentido idêntico, o STF manifestou esse entendimento nos acórdãos da Petição

⁴⁴⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2012, p. 190.

⁴⁵⁰ SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁵¹ BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. *Op. cit.*, p. 47-52.

⁴⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 134-135.

⁴⁵³ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2012, p. 67; BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 52.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2471. Denunciante: Ministério Público Federal. Investigados: P.S.M., S.L.M., F.M., J.L.F.C.T., L.M.C., M.M.M.C., L.M.A.S., O.M., H.B.K., R.C.H., M.H. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 set. 2011, DJe 01/03/2012.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 863. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Salim Maluf. Relator: Edson Fachin. Brasília, 23 mai. 2017, DJe 29/08/2017. No voto do Relator, faz-se referência ao acórdão que recebeu a respectiva denúncia, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, o qual se baseou na doutrina de Bonfim e Bonfim, Barros, Maia e Nucci.

n. 7346⁴⁵⁶, de 2018, e do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 144295⁴⁵⁷, de 2017, ambos do Distrito Federal.

2.3 TIPO SUBJETIVO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Consoante exposto *supra*, no item 1.1 TIPO SUBJETIVO: DOLO E CULPA, há duas espécies de elemento subjetivo: o dolo, cujas subespécies são o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual; a culpa, cujas subespécies são a culpa consciente e a culpa inconsciente⁴⁵⁸.

No crime de lavagem de dinheiro, não é admissível a sua comissão na modalidade culposa, pois, tendo em vista o disposto no art. 18, parágrafo único, do CP, somente se pode responsabilizar alguém pela prática de crime culposos quando a lei expressamente o prever; por conseguinte, uma vez que nada consta na Lei n. 9.613/1998, não é possível a prática do crime de lavagem na modalidade culposa. Dessa forma, o agente será responsabilizado pelo crime de lavagem se praticar dolosamente uma das condutas previstas no tipo.

Contudo, o dolo relativo ao objeto material da lavagem acarreta diversos problemas dogmáticos que se refletem diretamente na *praxis*; dentre eles, se é necessário ou não estar expressa no tipo a exigência de conhecimento da natureza ilícita dos ativos. Nesse sentido, aponta-se que, caso o agente não saiba que os ativos provêm de um ilícito prévio, dificilmente se cometerá o crime de lavagem na forma dolosa, pois o conhecimento acerca de um delito prévio, do qual resultou o bem, é um elemento normativo do tipo penal da lavagem⁴⁵⁹.

Assim, não é necessário que esteja expressa no tipo a necessidade de o agente saber a origem ilícita ou a prática de um crime anterior do qual resultou o bem, pois isso seria

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 7346. Requerente: Geddel Quadros Vieira Lima. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Edson Fachin. Brasília, 08 mai. 2018, DJe 20/06/2018.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 144295. Recorrente: Eduardo Cosentino da Cunha. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Edson Fachin. Brasília, 28 nov. 2017, DJe 01/03/2018.

⁴⁵⁸ Ver subseções 1.1 TIPO SUBJETIVO: DOLO E CULPA, 1.3 ESPÉCIES DE DOLO e 1.4 TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE.

⁴⁵⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 355; p. 363.

redundância: o dolo deve abarcar todos os elementos do tipo e, sendo bens de origem ilícita uma elementar do tipo, infere-se que o autor deve conhecer essa ilicitude⁴⁶⁰.

Entretanto, discute-se se é possível praticá-lo sob todas as subespécies dolosas, ou se há restrição quanto ao dolo eventual, seja em decorrência da redação legal, seja em decorrência da natureza do crime⁴⁶¹.

Nesse sentido, observa-se que a dúvida reside no art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, uma vez que, no art. 1º, § 1º e § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, constam, respectivamente, as expressões “para ocultar ou dissimular” a utilização de “bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” e “tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei” (elementos subjetivos específicos do tipo), indicativas de que não basta a representação das consequências da conduta como possíveis ou eventuais, mas sim como certas ou necessárias; afasta-se, pois, a possibilidade de imputação do crime na modalidade de dolo eventual⁴⁶².

De outro lado, no art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, não há redação semelhante; ainda, na redação original da lei, constava, no art. 1º, § 2º, I, a expressão “que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo”, que foi suprimida pela Lei n. 12.683/2012.

A ausência de elemento subjetivo específico do tipo no *caput* do art. 1º e a alteração da redação do § 2º, I, do art. 1º acarretaram a divisão da doutrina acerca da compatibilidade do dolo eventual com esses tipos penais. Assim, nas subseções seguintes, analisam-se os argumentos contrários e favoráveis à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro.

⁴⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 356.

⁴⁶¹ Ver notas de rodapé n. 180 e 182.

⁴⁶² Carlos Márcio Rissi Macedo é o único autor que entende ser possível o dolo eventual no art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, afirmando que “a expressão ‘tendo conhecimento’ engloba além do dolo direto, também o dolo eventual. Veja-se, por exemplo, a situação do agente que não participa efetivamente das ações de reciclagem realizadas em um escritório de advocacia, nem auferir benefícios diretos desta ação, entretanto, ao manter a participação na sociedade, assume o risco de participar do resultado final, não se importando com o que por ventura acontecer” (MACEDO, Carlos Márcio Rissi. **Lavagem de dinheiro: análise crítica das Leis 9.613, de 03 de março de 1998 e 10.701 de 09 de julho de 2003**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 79). Todavia, o exemplo apresentado pelo autor não é adequado, pois não há menção alguma ao elemento cognitivo. Só por que o sujeito é advogado do escritório (podendo ser de setor diverso), ele automaticamente assume o risco?

2.3.1 Argumentos contrários à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro

Em vista da supressão, no art. 1º, § 2º, I, e da inexistência, no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, de elemento subjetivo específico do tipo que restrinja a prática do crime de lavagem ao dolo direto, a corrente doutrinária que entende ser inadmissível o dolo eventual nessa espécie delitiva se baseia na natureza do crime para afastá-lo.

Nessa direção, para Celso Sanchez Vilardi, apesar de a Lei n. 12.683/2012 ter suprimido a expressão “que sabe” do art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, “[a] ciência, pelo agente, da infração penal anterior e a vontade de utilizar o bem, direito ou valor, com aparência de licitude, na atividade econômica ou financeira permanecem inalteradas”⁴⁶³. Para o autor, ainda que o legislador não tenha consagrado inequivocamente a necessidade de representação certa dos elementos objetivos do tipo, o agente somente praticaria o crime de lavagem caso soubesse que o patrimônio advém de um ilícito e que adquiriu aparência de licitude para ser reinserido na economia formal⁴⁶⁴.

A fim de fundamentar sua posição, Vilardi traça um comparativo com o crime de receptação, previsto no art. 180 do CP, invocando o princípio da isonomia: caso o agente possa presumir a origem ilícita do bem, direito ou valor, em razão de sua natureza, do preço ou das circunstâncias fáticas, ele incorre na prática do crime de receptação culposa; uma vez que inexistente previsão de lavagem de dinheiro culposa, não seria possível imputar ao agente o crime de lavagem na modalidade de dolo eventual, sendo atípica a conduta por ausência de previsão legal⁴⁶⁵.

Entretanto, apesar de a lavagem de dinheiro encontrar sua origem no crime de receptação⁴⁶⁶, não é adequado tentar aplicar a normativa de um tipo no outro. Nesse sentido, a tipificação da lavagem surgiu como tentativa de abarcar situações não abrangidas pelos tipos penais já existentes, como a receptação e o favorecimento real; conseqüentemente, para cada tipo penal específico, há a normativa específica, não sendo possível intercambiar livremente

⁴⁶³ VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 17-18, ago. 2012, p. 17.

⁴⁶⁴ VILARDI, Celso Sanchez. *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁶⁵ VILARDI, Celso Sanchez. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁶⁶ Ver subseção 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E INTERNACIONAL DA CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO.

disposições de outros artigos pelo simples fato de haver uma origem “comum”, em vista do princípio da legalidade.

Em relação ao elemento cognitivo do dolo, Badaró e Bottini afirmam que o agente deve conhecer a procedência ilícita do bem, direito ou valor, de modo que seria inadmissível um juízo de dúvida, possibilidade ou probabilidade⁴⁶⁷. Para tanto, os autores pontuam que, apesar de o legislador ter-se manifestado pela admissibilidade do dolo eventual na Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998⁴⁶⁸, esse documento não teria força vinculante, podendo ser suplantado por outras formas de interpretação da norma penal⁴⁶⁹.

Assim, afirmam que, à luz de uma interpretação sistemática, nas hipóteses em que a conduta ilícita pressupõe o conhecimento de uma circunstância ou fato anterior, o legislador se manifesta pela admissibilidade do dolo eventual por meio do emprego da expressão “deve saber”, como nos crimes de excesso de exação (art. 316, § 1º, do CP) e de perigo de contágio venéreo (art. 130 do CP)⁴⁷⁰. Nada obstante, observa-se que o legislador inseriu essa expressão nesses tipos penais para não excluir a possibilidade do dolo eventual, uma vez que também consta a expressão “que sabe”, indicativa do dolo direto.

Não se pode concluir que em todos os tipos penais dolosos que admitem o dolo eventual deva constar a expressão “deve saber”: caso não haja expressão relativa ao dolo direto, como “que sabe” ou “sabendo”, não há razão para incluir expressão relativa ao dolo eventual. O dolo, enquanto regra geral da tipo objetivo, somente é limitado pela redação legal ou pela natureza do crime. Assim, caso esta seja compatível com o dolo eventual e não haja expressão que permita somente o dolo direto, conclui-se pela admissibilidade do dolo eventual.

Exemplificativamente, menciona-se o tráfico de drogas: o crime é compatível com o dolo eventual, pois é possível que terceiro, sem fornecer muitos detalhes sobre sua identidade, peça ao agente que transporte, em troca de significativa contrapartida pecuniária, diversas caixas carregadas com mercadoria desconhecida, em zona de fronteira. Caso o agente desconfie do pedido e da licitude da mercadoria, mas, ainda assim, aceite realizar o transporte por conta da quantia prometida, assumindo o risco de a mercadoria ser droga, praticará o

⁴⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 138-141.

⁴⁶⁸ BRASIL. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18 dez. 1996. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

⁴⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 141.

crime de tráfico de drogas. Observa-se que não consta no art. 33 da Lei n. 11.343/2006⁴⁷¹ a expressão “deve saber”, mas, ainda assim, o dolo eventual é compatível com a conduta.

À luz da política criminal, Badaró e Bottini pontuam que “a aceitação do dolo eventual impõe uma carga custosa às atividades econômicas e financeiras, pois sempre é possível duvidar da procedência de determinado capital ou dinheiro”⁴⁷², o que engessaria a atividade financeira e bancária. Assim, refutam que “indícios objetivos de anormalidade” seriam suficientes para exaurir o elemento cognitivo do dolo.

Ademais, Badaró e Bottini sustentam que, independentemente do momento de consumação do crime (se na ocultação, dissimulação ou integração), haveria sempre o elemento subjetivo correspondente à vontade de “lavar” o bem, direito ou valor e de reinseri-los na economia formal com a aparência lícita⁴⁷³. Observa-se que não se trata de uma afirmação trivial, no sentido de que é imprescindível a presença do elemento subjetivo em qualquer espécie objetiva de conduta, mas sim de que o dolo, no tipo penal da lavagem, não estaria adstrito a realizar os elementos objetivos do tipo (ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores ilícitos). Para além disso, haveria a vontade de praticar os elementos objetivos do tipo com o fim de resinseri-los na economia.

Esse entendimento se relaciona ao posicionamento dos autores quanto à classificação do crime em de resultado ou de mera atividade⁴⁷⁴. Na medida em que sustentam que, para a consumação do crime, deve haver necessariamente a produção do resultado (confecção da aparência lícita que permita a reinserção do capital na economia formal), esse resultado deveria integrar o dolo.

O dolo de reinserir os ativos na economia formal constituiria, então, um elemento subjetivo especial do tipo implícito em todas as formas de lavagem previstas na Lei n. 9.613/1998 (inclusive nas compatíveis com o dolo eventual), com qualidade de elementar típica⁴⁷⁵. Badaró e Bottini apresentam dois fundamentos para tanto: (a) a existência de

⁴⁷¹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 26 out. 2018.

⁴⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 141-142.

⁴⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁷⁴ Ver notas de rodapé n. 443 e 444.

⁴⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 150. Cervini, Oliveira e Gomes possuem entendimento semelhante, asseverando que, “dentro dessas duas possibilidades de comportamento estão inseridas finalidades específicas do agente, já que a conduta deve estar direcionada sempre ao desiderato de converter, ou transformar, bens direitos ou valores ilícitos em respectivos correspondentes

elementos típicos implícitos decorrentes de interpretação sistemática; (b) o objetivo da Lei n. 12.683/2012 de tornar mais eficiente a persecução penal do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º), “indicando que a direção teleológica da norma é a ocultação para lavagem de dinheiro e não o simples encobrimento de bens para usufruto posterior”⁴⁷⁶.

Nada obstante, deve-se apontar que a Lei n. 12.683/2012 não tornou mais restrito o tipo subjetivo do crime de lavagem: pelo contrário, excluiu a expressão “que sabe”, indicativa do dolo direto, do art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, ampliando as possibilidades. Ademais, não havia nenhum elemento na redação original que indicasse que a norma se referia ao simples encobrimento de bens para posterior usufruto, conforme afirmam os autores.

Essa argumentação apresentada por Badaró e Bottini se restringe ao art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998. Diferentemente de Vilardi, os autores entendem ser admissível o dolo eventual no art. 1º, § 2º, I, uma vez que o legislador, na Lei n. 12.683/2012, teria revogado a expressão “que sabe” com a intenção de permitir a punição na modalidade dolosa eventual⁴⁷⁷.

Para Barros, o termo “provenientes” constante nos tipos penais de lavagem seria indicativo da necessidade de plena ciência, pelo agente, na origem ilícita dos bens, direitos ou valores⁴⁷⁸. A fim de ilustrar sua posição, fornece o seguinte exemplo: o gerente de uma instituição financeira, com o objetivo de cooperar com terceiros que desviaram verbas públicas, solicita a uma correntista, com a qual mantém forte laço de amizade, que aceite o depósito e a permanência por alguns dias, em sua conta bancária, de cem mil dólares, ocultando, da correntista, a origem ilícita. Ademais, referido pedido não se deu em contexto imoral ou ilegal. Como o gerente era alguém da confiança da correntista, já lhe tendo ajudado anteriormente com a obtenção de um empréstimo, ela concorda com a operação, sem desconfiar de eventual irregularidade. Posteriormente, descobre-se que essa operação foi utilizada para “lavar” o dinheiro ilícito⁴⁷⁹.

lícitos” (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, p. 329). Prado discorda, afirmando que o intuito do legislador também é desestimular a prática do fato prévio (PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 284).

⁴⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 150-151.

⁴⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.*, p. 162. Mendroni concorda com o posicionamento de Badaró e Bottini, afirmando ser inadmissível o dolo eventual no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998, mas possível no § 2º, I, por conta da alteração legal que retirou a expressão “que sabe” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83-84).

⁴⁷⁸ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2012, p. 62.

⁴⁷⁹ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 63-64.

O autor também aponta que a ciência da origem ilícita do patrimônio seria elemento normativo do tipo; nesse sentido, afirma que o fato de, no art. 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, o termo “provenientes” ter sido substituído por “tendo conhecimento” seria um “claríssimo indicativo complementar do elemento normativo do tipo, no sentido de que a ‘proveniência’ ilícita dos bens, direitos ou valores deve, necessariamente, ser objetivo de prévia ciência”⁴⁸⁰.

Assim, conclui que, no exemplo da correntista, ela não poderia ser condenada, pois não agiu com dolo direto e a punição por dolo eventual seria inadmissível, considerando que ignorava a procedência ilícita do dinheiro⁴⁸¹.

Nada obstante, não é possível afirmar que o termo “provenientes” equivale à efetiva ciência prévia da origem ilícita dos bens. O fato de o objeto da lavagem ser patrimônio proveniente de crime não é incompatível com a significativa probabilidade, captada pelo agente, de ser ilícito. Do mesmo modo, também não se pode inferir que a expressão “tendo conhecimento” substituiu o termo “provenientes”, porquanto se trata de mero juízo presuntivo.

Acerca do exemplo da correntista, observa-se que a admissão do dolo eventual não ensejaria, automaticamente, a sua condenação. Ela detinha forte laço de amizade com o gerente da instituição financeira, confiando na sua hígidez profissional, o que a impedia de levantar quaisquer suspeitas. Ainda, o pedido para que permanecesse com os valores na sua conta por alguns dias se deu em um contexto legal e moral. Logo, a sua absolvição em eventual processo não é incompatível com a admissibilidade do dolo eventual no crime de lavagem, pois a imputação depende de o agente conhecer a significativa possibilidade de o dinheiro ser ilícito. No caso, não há a representação dos elementos do tipo, seja da ocultação/dissimulação, seja da possível origem ilícita dos valores, de modo que não se pode falar em assunção de risco. Evidentemente, tal conclusão dependeria da análise das circunstâncias fáticas, mas não se pode afirmar, como faz o autor, que, caso fosse admissível o dolo eventual, a correntista seria necessariamente condenada. Analogamente, menciona-se o caso dos laranjas que desconhecem que são usados como mecanismo do esquema criminoso.

Silva afirma que o dolo eventual na lavagem seria difícil, quando não impossível de ocorrer, pois, “para que seja admitido, há que também admitir-se que o agente assumo o risco de produzir o resultado, mesmo não o querendo, e, em crime de ‘lavagem de dinheiro’, o

⁴⁸⁰ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 65, grifos do original.

⁴⁸¹ BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, 2017, p. 66.

resultado se verifica quando o agente quer e assume o risco de produzir o resultado”⁴⁸², que é esperado. Logo, para o autor, haveria uma incompatibilidade com a própria natureza do crime de lavagem, uma vez que o agente necessariamente almejaria a confecção da aparência de licitude ao bem ilícito.

Para Callegari, não se pode afirmar que a admissão do dolo eventual decorre do art. 18, I, do CP, vez que “se esta fosse a regra todos os tipos penais admitiriam a possibilidade de dolo eventual”⁴⁸³. O problema dessa afirmativa é que o dolo é a regra, pois, nos termos do art. 18, parágrafo único, do CP, somente se admite a culpa quando expressamente prevista. Enquanto espécie de dolo, o dolo eventual também seria admissível como regra, devendo ser afastado somente quando houvesse expressão indicativa de dolo direto no tipo ou quando fosse incompatível com a própria natureza do crime⁴⁸⁴.

Para o autor, contudo, o agente da lavagem sempre agiria em vista de uma finalidade específica (ocultar ou dissimular a origem ilícita dos ativos), o que não se coadunaria à indiferença quanto ao resultado⁴⁸⁵. Nada obstante, não se pode afirmar que a finalidade específica do tipo penal da lavagem é a ocultação ou dissimulação, uma vez que consistem nos verbos nucleares do tipo, ou seja, constituem o próprio tipo objetivo.

Antônio Sérgio Pitombo entende que “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”⁴⁸⁶. Logo, entende que é imprescindível a ciência da infração anterior para a prática do crime de lavagem.

Por conseguinte, na corrente doutrinária que entende ser incompatível o dolo eventual com a lavagem de dinheiro, o principal fundamento é que a natureza do crime, marcada pela intenção de forjar aparência de licitude ao ativo ilícito, exigiria a plena ciência da origem ilícita.

⁴⁸² SILVA, Cesar Antonio da. *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁸³ CALLEGARI, André Luís. Domínio do Fato, Limites Normativos da Participação Criminal e Dolo Eventual no Delito de Lavagem de Dinheiro: Reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 933, p. 111-129, jul. 2013, p. 127.

⁴⁸⁴ Ver notas de rodapé n. 180 e 182.

⁴⁸⁵ CALLEGARI, André Luís. *Op. cit.*, 2013, p. 127-128.

⁴⁸⁶ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moares. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 137.

2.3.2 Argumentos favoráveis à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro

Para a corrente doutrinária que entende serem o dolo eventual e a lavagem de dinheiro compatíveis, a natureza do crime não seria óbice a essa modalidade dolosa, fator que se soma à ausência de vedação legal e às diretrizes do Direito Comparado.

Nesse sentido, Maia, Bonfim e Bonfim apontam que não há qualquer elemento subjetivo específico indicando a natureza do dolo, se direto (“que sabe”) ou eventual (“deve saber”), sendo logicamente possível a sua ocorrência⁴⁸⁷. Como exemplos de circunstâncias indicativas do dolo eventual, Maia indica as seguintes: se o agente verbaliza seu esquema a terceiros, se é o único beneficiário da conduta, se sabe que o titular dos bens é conhecido como criminoso, se paga valores acima dos praticados no mercado, se recusa ou reluta em fornecer dados necessários à operação financeira⁴⁸⁸.

Para Moro, seria prescindível constar expressão permissiva do dolo eventual no tipo penal da lavagem, uma vez que, como regra geral, isso não ocorre nos tipos penais que admitem a eventualidade dolosa. Afirma que inexistem objeções morais ou jurídicas à aceitação do dolo eventual e que, à luz da Lei n. 12.683/2012, isso ampliaria a eficácia da Lei n. 9.613/1998⁴⁸⁹.

O contexto no qual Moro se apoia para fundamentar sua posição é na profissionalização da lavagem: aquele que se dedica profissional e autonomamente à lavagem busca saber apenas os detalhes necessários para realizar a operação, sendo desnecessário saber a origem do dinheiro, o que lhe faria se expor a uma situação de maior risco em face de eventual persecução penal. Ademais, para o cliente, quanto menor o número de pessoas cientes acerca da origem do bem, mais protegido está⁴⁹⁰. Assim, a inadmissibilidade do dolo eventual deixaria de tutelar as situações de lavagem profissional, o que tornaria a lei ineficaz.

Ainda, De Carli acrescenta que a revogação da expressão “que sabe” do art. 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998 pela Lei n. 12.683/2012 consubstancia a opção, pelo legislador, de

⁴⁸⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, p. 88; BONFIM, Marcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edilson Mougnot. *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁸⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Op. cit.*, p. 87.

⁴⁸⁹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 69-70.

⁴⁹⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 69.

aceitação do dolo eventual na conduta de utilizar, na atividade econômica ou financeira, ativos ilícitos⁴⁹¹.

Pereira, ao analisar o tema, aponta que se deveriam analisar os verbos nucleares de cada um dos tipos penais da lavagem; entretanto, conclui que o dolo eventual é compatível com a lavagem de maneira restrita e *sui generis*, como nos casos em que o agente possui posição de garante, nos termos do art. 13, § 2º, do CP⁴⁹². Logo, o autor propõe a análise objetiva do problema, por meio das condutas dos preceitos primários, mas posteriormente vincula a possibilidade de haver dolo eventual à condição do agente.

Quem abordou o problema de forma mais abrangente foi Prado, que, inicialmente, afirma ser irrelevante, para o elemento cognitivo, o conhecimento das circunstâncias da infração penal antecedente ou de seus autores⁴⁹³. Quanto ao elemento volitivo, afirma serem admissíveis as três subespécies dolosas, porquanto inexistente qualquer elemento subjetivo específico do tipo⁴⁹⁴.

A fim de fundamentar a compatibilidade entre o dolo eventual e a lavagem, Prado elenca quatro argumentos. Em primeiro, aponta que consta expressamente, na Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998⁴⁹⁵, a admissibilidade do dolo eventual na hipótese do art. 1º, *caput*. No caso, não havia discussão quanto ao § 2º, I, em razão de originalmente constar na redação legal a expressão “que sabe”, revogada somente em 2012⁴⁹⁶.

Em segundo, o ordenamento jurídico-penal brasileiro trata de forma indistinta o dolo direto e o dolo eventual, sendo este restrito apenas se existir norma em contrário. Assim, estaria implícita a vedação ao dolo eventual no art. 1º, § 1º e § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, em razão da previsão de elementos subjetivos específicos do tipo, o que inexistente no *caput* e no § 2º, I, do art. 1º⁴⁹⁷.

Em terceiro, o movimento internacional de combate à lavagem, que originou a edição da Lei n. 9.613/1998, visava coibir a terceirização (ou profissionalização) do crime, objetivo

⁴⁹¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Op. cit.*, 2013, p. 228.

⁴⁹² PEREIRA, Flavio Cardoso. *Op. cit.*, p. 33; p. 42.

⁴⁹³ No mesmo sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 390.

⁴⁹⁴ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 278-280.

⁴⁹⁵ BRASIL. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18 dez. 1996. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

⁴⁹⁶ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 282.

⁴⁹⁷ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 283.

que seria enfraquecido caso se vedasse a possibilidade de imputação a título de dolo eventual⁴⁹⁸.

Em quarto, o Direito Comparado demonstra movimento de tipificação da lavagem em todas as suas modalidades dolosas. Nesse sentido, o artigo 5.2.1 (1) da Legislação Modelo do Fundo Monetário Internacional⁴⁹⁹ recomenda que se tipifique o crime de lavagem nos casos em que o agente saiba, deva saber ou suspeite que os ativos sejam produto do crime⁵⁰⁰. Outrossim, Prado aponta que a Austrália, as Bahamas, o Equador, as Ilhas Maurício, a Irlanda, o Arquipélago de Malta, a Nigéria, a Nova Zelândia, o Peru, a Polônia e o Reino Unido incluíram, em suas legislações, expressões relativas ao dolo eventual, como “suspeitando”, “pode presumir”, “é indiferente”, “justificável suspeita”, a fim de afastar eventual dúvida quanto à sua admissibilidade. De outro lado, em países como Áustria, Bulgária, Finlândia, Macedônia, Romênia e Uruguai, admite-se o dolo eventual em virtude da conjunção do tipo penal da lavagem com outro dispositivo legal, a semelhança do art. 18, I, segunda parte, do CP⁵⁰¹.

Além disso, Prado defende que a expressão “deveria saber” se refere à modalidade culposa do crime, pois, “[n]os relatórios de avaliação mútua do GAFI, as locuções ‘*could reasonably suspect*’, ‘*having reasonable grounds to believe*’, ‘*ought to have known*’, ‘*podía sospechar*’, ‘*puede presumir*’, ‘*devait connaître*’, ‘*devait présumer*’, ‘*avrebbe dovuto ritenere*’ e ‘*annehmen mußte*’⁵⁰² se referem à lavagem culposa. O autor também aponta que, partindo do pressuposto que “deveria saber” se refere à culpa, ainda assim não estaria excluído o dolo eventual, o que somente ocorre com o termo “sabendo” ou “que sabe”, indicativos do dolo direto.

Por fim, Blanco Cordero afirma que apenas um setor minoritário da doutrina exclui a admissibilidade do dolo eventual nos tipos que contenham a expressão “*a sabiendas*” (conscientemente, deliberadamente), enquanto que, majoritariamente, essa subespécie dolosa é aceita. Nessa direção, aponta que a expressão não implica necessariamente um conhecimento certo, excludente do dolo eventual, mas sim que é necessário ter algum

⁴⁹⁸ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 283.

⁴⁹⁹ FMI. **Model legislation on money laundering and financing of terrorism**. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/leg/amlcft/eng/pdf/amlml05.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018.

⁵⁰⁰ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 283-284.

⁵⁰¹ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 284-286.

⁵⁰² PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 291.

conhecimento, sem indicar qual o seu grau. Assim, conclui que a expressão é dotada de flexibilidade e admite todas as subespécies dolosas⁵⁰³.

2.4 TOMADA DE DECISÃO

A fim de aferir a compatibilidade entre o dolo eventual e a lavagem de dinheiro, partiu-se da concepção de dolo eventual preconizada pela teoria do consentimento, na vertente defendida pela jurisprudência alemã e por von Hippel e Mezger, no sentido de que há dolo eventual quando o agente, ao representar como possível a ocorrência da conduta, consente na sua prática e na possível produção do resultado ilícito, independentemente da expressão utilizada (consentir com, contar com, assumir o risco de, etc.). Ademais, essa vertente entende ser compatível a desaprovação interna do resultado com o dolo eventual, o que se mostra mais adequado, tanto em termos teóricos quanto práticos, visto que nem sempre o agente “deseja” que o resultado ocorra, mas este é necessário para o seu objetivo.

A partir da exposição dos argumentos contrários e favoráveis ao dolo eventual no art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, conclui-se que não há óbice à sua admissibilidade, seja pelo teor da redação legal, seja pela natureza do crime. Diferentemente do § 1º e do § 2º, II, inexistente, no *caput* e no § 2º, I, qualquer expressão que restrinja o elemento subjetivo do tipo ao dolo direto.

Nesse sentido, aponta-se que, em relação ao *caput*, nunca constou na redação legal os termos “sabendo” ou “que sabe”, o que se encontra em consonância com a Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/1998⁵⁰⁴, segundo a qual é possível praticar a conduta do art. 1º, *caput*, com dolo direto ou eventual. De outro lado, quanto ao § 2º, I, a Lei n. 12.683/2012 revogou expressamente a expressão “que sabe”, passando a ser inexigível a plena ciência acerca da origem ilícita dos bens, direitos ou valores. Assim, não se pode afirmar que, apesar de o legislador ter alterado de forma substancial o tipo, deve ser preservada a interpretação anterior à reforma.

⁵⁰³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. cit.*, p. 386-387.

⁵⁰⁴ BRASIL. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18 dez. 1996. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

Quanto à natureza do crime, o tipo penal da lavagem não exige categoricamente um elemento subjetivo implícito de reinserir os ativos na economia formal com aparência de licitude⁵⁰⁵.

Observa-se que todas as Convenções internacionais que determinam a tipificação do crime de lavagem apresentam mais de um tipo penal. Dentre eles, há tipos nos quais há a exigência de uma finalidade específica, enquanto que, em outros, não há. Por exemplo, o art. 3º, item 1, alínea “b”, ii, da Convenção de Viena de 1988 prevê a conduta de ocultação ou encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo de sua origem ilícita (o que se assemelha à redação do art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998), enquanto que o art. 3º, item 1, alínea “b”, i, segunda parte, prevê a prática de tráfico de drogas com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens. Neste, pois, exige-se um elemento subjetivo específico, representado pela finalidade expressa no tipo, ao passo que naquele não há qualquer elemento qualificador do dolo, apesar da expressão relativa ao dolo direto (“sabendo”).

Logo, também no âmbito internacional os diferentes tipos penais apresentam elementos subjetivos diversos, não se podendo desprezar a redação legal. É curioso notar que, em um dos tipos penais que possuem expressamente um elemento subjetivo especial do tipo, qual seja o do § 1º, este se trata de mera reprodução do *caput* (“para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”). Esse fato serve de indicativo de que não haveria elemento subjetivo especial no *caput*, uma vez que a finalidade específica constante no § 1º é justamente a reprodução dos verbos nucleares do *caput*.

Todavia, aponta-se que, apesar de inexistir previsão da intenção de reinserir os ativos na economia com aparência de ilicitude nos textos internacionais, constam as expressões “sabendo” e “com conhecimento”, o que afasta a discussão acerca do dolo eventual, pois há a previsão de um elemento específico relativo ao conhecimento da origem ilícita.

Além disso, sustentar a existência de uma vontade específica de reinserir os ativos na economia formal possivelmente dificultaria a punição da lavagem terceirizada, visto que esses

⁵⁰⁵ Essa discussão esteve presente no julgamento dos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal n. 470 do STF (Caso “Mensalão”), no qual se debateu qual era o sentido do verbo nuclear “ocultar”. Constatou-se no acórdão que “a ação objetiva de ‘ocultar’ reclama, para a sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470 EI-sextos. Embargante: João Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Luís Roberto Barroso. Brasília, 13 mar. 2014, DJe 21/08/2014, p. 43).

agentes não são os beneficiários diretos dos ativos, mas recebem uma comissão para ocultá-los ou dissimulá-los, ou, ainda, permitem que seu nome seja utilizado para realizar as operações (laranjas). Assim, pode-se dificultar a prova do elemento subjetivo desses agentes, caso se exija a demonstração da intenção de reinserir os ativos na economia formal, pois muitas vezes apenas colaboram com a ocultação dos bens sem ter maior conhecimento acerca da sua ilicitude.

A fim de compatibilizar o pressuposto de que a lavagem é crime de resultado com a ausência de um elemento subjetivo especial do tipo, propõe-se uma comparação com o tratamento jurisprudencial dado aos crimes contra a ordem tributária: tratam-se de crimes materiais (exigem a produção do resultado), em razão da Súmula Vinculante n. 24 do STF⁵⁰⁶, mas, a despeito de eventual controvérsia doutrinária, a jurisprudência entende que o dolo do tipo é genérico (e não específico, ou seja, não há necessidade de provar a intenção de fraudar o Fisco)⁵⁰⁷. Dessa forma, há uma tendência em não se exigir elemento subjetivo especial do tipo, quando a lei não o faz expressamente, nos crimes econômicos, a fim de facilitar a instrução probatória: se é mais difícil provar o dolo direto do que o dolo eventual, é mais difícil ainda provar o dolo direto com elemento subjetivo específico.

Há países que, para evitar eventual discussão acerca do tema, tipificam a modalidade culposa do crime ou explicitam, no tipo, elementos normativos referentes à admissibilidade ou não do dolo eventual na lavagem, a exemplo das Convenções internacionais.

Como exemplo de países que tipificaram a lavagem culposa, mencionam-se Bélgica, Alemanha, Suécia, Espanha, África do Sul, Argentina, Austrália, Chile, Cingapura, Dinamarca, Holanda, Hungria, Indonésia, Noruega, Suíça, Peru e Paraguai⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Súmula Vinculante n. 24 do STF: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

⁵⁰⁷ Exemplificativamente, mencionam-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 113418. Impetrante: Defensoria Pública da União. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Jorge Negri. Relator: Luiz Fux. Brasília, 24 set. 2013, DJe 17/10/2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 516. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Fuscaldi Cesílio e Edna Márcia Cesílio. Relator: Ayres Britto. Brasília, 27 set. 2010, DJe 06/12/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1225680. Agravante: Rozendo Neves. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília, 14 ago. 2018, DJe 24/08/2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Agravante: José Carlos da Silva Souza e Luiz Carlos da Silva Souza. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 08 mai. 2018, DJe 21/05/2018.

⁵⁰⁸ AMBOS, Kai. *Op. cit.*, p. 28; PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 289-290.

De outro lado, a Austrália, as Bahamas, o Equador, as Ilhas Maurício, a Irlanda, o Arquipélago de Malta, a Nigéria, a Nova Zelândia, o Peru, a Polônia e o Reino Unido incluíram, em suas legislações, expressões relativas ao dolo eventual, como “suspeitando”, “pode presumir”, “é indiferente”, “justificável suspeita”, a fim de afastar eventual dúvida quanto à sua admissibilidade⁵⁰⁹.

Portanto, em razão da abertura interpretativa ocasionada pela redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, seria recomendável que o legislador brasileiro incluísse no tipo expressões indicativas da admissibilidade ou não do dolo eventual, a exemplo de outros países. Entretanto, enquanto não acontecer essa alteração legal, inexistem óbices ao dolo eventual na lavagem de dinheiro, considerando (a) a previsão de diferentes elementos subjetivos nas Convenções internacionais e nas legislações de outros países, com a inclusão de finalidades específicas ou de expressões relativas ao grau de conhecimento exigido; (b) a natureza e a sistemática do crime de lavagem, que se dá, muitas vezes, em estruturas empresariais, o que torna o conhecimento da origem ilícita do ativo mais difícil e indesejado; (c) o tratamento jurisprudencial dado aos crimes econômicos, a exemplo do art. 1º da Lei n. 8.137/1990 e dos arts. 168-A e 337-A do CP, nos quais se exige a produção do resultado, apesar de inexistir elemento subjetivo específico do tipo.

⁵⁰⁹ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 283-284.

3 ZETÉTICA APLICADA À LAVAGEM DE DINHEIRO

O presente capítulo tem por objetivo confrontar os aspectos dogmáticos vistos nos capítulos 1 DOLO EVENTUAL e 2 DOLO EVENTUAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO sob o ponto de vista zetético, a fim de testar empiricamente se as hipóteses e premissas apresentadas são condizentes com a realidade e servem para a resolução de casos práticos.

Assim, inicialmente será feita a identificação do julgado objeto da análise e a exposição dos dados fáticos (subseção 3.1) e, em sequência, analisar-se-á a decisão prolatada pelo Tribunal, a fim de aferir a sua adequação (subseção 3.2).

3.1 EXPOSIÇÃO DO CASO

O julgado objeto deste capítulo é a Apelação Criminal n. 5032857-56.2010.4.04.7100/RS⁵¹⁰, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 13 de outubro de 2017, que foi escolhida pelos seguintes motivos: (a) o acórdão é recente, apesar de os fatos serem anteriores à Lei n. 12.683/2012⁵¹¹; (b) não há fundamentação exclusiva, no acórdão, na teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), instituto do direito anglossaxão

⁵¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.: 5032857-56.2010.4.04.7100. Apelantes: José Geraldo Oliveira Bitar e Ministério Público Federal. Apelados: José Geraldo Oliveira Bitar e Ministério Público Federal. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, juntado aos autos em 23/08/2017.

⁵¹¹ Ressalta-se a seleção de acórdãos relativos ao dolo eventual na lavagem deparou-se com dois obstáculos: (a) o sigilo dos processos, com a consequente ausência de publicização do relatório e do voto do acórdão; (b) a data dos fatos, considerando que normalmente as investigações de lavagem são extensas, em virtude da complexidade dos fatos, o que dificulta a busca por crimes posteriores à reforma de 2012; (c) a fundamentação exclusiva na teoria da cegueira deliberada. Entretanto, o fato de o caso ser anterior a reforma de 2012 não desmerece a proposta do presente capítulo, uma vez que, no caso em análise, imputou-se o art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 aos agentes, tipo penal que não sofreu alterações, na reforma, quanto ao elemento subjetivo.

comumente equiparado, na jurisprudência nacional, ao dolo eventual, mas que apresenta gênese, fundamentos e critérios distintos dos do dolo eventual e, conseqüentemente, não abordados na pesquisa.

No caso, o réu José Geraldo Oliveira Bitar foi denunciado, junto a terceiros, pela suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 16 da Lei n. 7.492/1986) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, VI, da Lei n. 9.613/1998) entre 1999 e 2004. Os crimes contra o sistema financeiro consistiram na operação de instituição financeira desautorizada, por meio da realização de operações de câmbio sem autorização do Banco Central, e evasão de divisas. Todavia, o réu não foi denunciado pelo crime de evasão de divisas, mas este, somado à operação ilegal de instituição financeira, constituiu o crime antecedente da lavagem.

O réu era empregado dos proprietários – também denunciados - das empresas uruguaias RIOTUR e DIMAP Tur (que oficialmente tinham como objeto social atividade de turismo), realizando atividades de câmbio, no Brasil, junto a eles, na vigência de seu contrato de trabalho. Os valores angariados na atividade ilícita eram remetidos ao exterior sem autorização legal. As remessas eram efetivadas por ordem de casas de câmbio situadas em outras cidades ou por empresas de importação.

Além disso, eram realizados depósitos em reais em contas brasileiras mantidas por José Geraldo Oliveira Bitar, que sacava o dinheiro e o entregava aos seus empregadores. Esses valores eram objeto de operações de câmbio não autorizadas pelo Banco Central, havendo a conversão ilegal dos reais em dólares estadunidenses. Os dólares eram entregues pelos empregadores a José Geraldo Oliveira Bitar, que os depositava fisicamente em bancos uruguaios, em montante acima do permitido para porte de valores.

O dinheiro proveniente desses crimes (operação ilegal de instituição financeira e evasão de divisas) foi submetido a processo de lavagem. José Geraldo Oliveira Bitar abriu contas bancárias, no Brasil, para poder receber (pagamento pela venda da moeda estrangeira) e pagar (pagamento pela aquisição de moeda estrangeira) os valores em reais relativos às transações financeiras.

As contas bancárias brasileiras, além de servirem para receber e pagar a moeda estrangeira (operações ilegais de câmbio), também serviam como instrumento de conversão de reais, depositados por pessoas físicas e jurídicas no Brasil, em dólares estadunidenses, com posterior envio ao Uruguai (evasão de divisas).

Assim, a empresa do empregador ficava no Uruguai, mas foram abertas contas no Brasil, em nome de José Geraldo Oliveira Bitar, para possibilitar a realização das operações de câmbio e a movimentação dos valores ao exterior

As contas bancárias brasileiras de José Geraldo Oliveira Bitar eram utilizadas para facilitar a movimentação do dinheiro oriundo dos crimes contra o sistema financeiro nacional, uma vez que não estavam vinculadas às empresas envolvidas nos negócios e constituíam uma etapa intermediária na operação dos valores como forma de ocultar a sua origem, movimentação e disponibilidade das autoridades brasileiras, a fim de que parecessem lícitos e pudessem ser livremente reinseridos na economia formal (lavagem de dinheiro). Ademais, José Geraldo Oliveira Bitar entregava cheques em branco, assinados em nome próprio, aos seus empregadores, para que estes efetuassem os pagamentos sem figurar como recebedores ou pagadores dos valores oriundos das atividades cambiais.

Após a instrução do feito, foi prolatada sentença, que absolveu o réu do crime de lavagem, em relação ao período de 2002 a 2004, na forma do art. 386, II, do CPP, e o condenou, à pena de 5 anos, 5 meses e 16 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 103 dias-multa, no valor de 1/6 do salário mínimo vigente em dezembro/2001, pela prática dos crimes de operação ilegal de instituição financeira e de lavagem, de 1999 a 2001, em concurso formal e material.

O Ministério Público Federal interpôs apelação com o fim de rediscutir a dosimetria; de outro lado, a defesa técnica do réu José Geraldo Oliveira Bitar apresentou teses relativas à negativa de autoria (quanto ao crime contra o sistema financeiro nacional) e de erro de tipo, por ausência de dolo, em consequência do desconhecimento da origem ilícita dos valores (quanto ao crime de lavagem).

3.2 ANÁLISE DA DECISÃO

A despeito de eventuais discussões acerca da tipicidade objetiva da conduta, o objeto da presente análise cinge-se ao elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro.

Consta no acórdão que as contas bancárias brasileiras de José Geraldo Oliveira Bitar apresentaram movimentação incompatível com a condição financeira do acusado, que

declarou auferir renda de mil reais ao mês. Sobre o ponto, afirmou que recebia cheques cruzados nominais a sua pessoa, relativos a valores recebidos pela pessoa jurídica; como forma de transferir o dinheiro de sua conta para a empresa, sacava os valores ou assinava cheques em branco em seu nome. Os depósitos realizados em suas contas eram provenientes de agências cambiais de diversas cidades ou de pessoas físicas e jurídicas do ramo de exportação e importação que realizavam as operações com a empresa na qual trabalhava.

Conforme consignado no voto do Desembargador Relator, “o depósito de quantias em contas titularizadas por terceiros torna evidente a intenção de ocultar a origem, movimentação e disponibilidade dos valores, sendo suficiente para a caracterização da lavagem de dinheiro”⁵¹².

Como forma de enfrentar a tese defensiva, relativa ao erro de tipo por desconhecimento da origem ilícita dos valores, o Desembargador Relator utiliza a obra de Badaró e Bottini para contextualizar a dificuldade de se estabelecer o grau de conhecimento exigido pelo tipo penal da lavagem, ou seja, se o crime pode ser praticado com dolo eventual ou somente com dolo direto. Em sequência, há a transcrição do excerto constante na sentença condenatória relativo ao dolo, nos seguintes termos:

“A defesa sustentou erro de tipo, ao argumento de que o réu desconhecia a origem dos valores que circularam nas contas bancárias abertas em seu nome. Afirmou que o réu apenas assinou os documentos correspondentes às contas, bem como os talões de cheques, que, após assinados, eram entregues a JOÃO CARLOS. Ressaltou que foi JOÃO CARLOS quem abriu as contas em nome do réu e quem detinha a posse dos cartões das contas bancárias, sendo ele o responsável pela movimentação financeira.

Ocorre que as provas apresentadas não comprovam a tese defensiva, tampouco são suficiente para refutar o amplo conjunto probatório corroborando a acusação.

Ainda que se admita que o réu não era o responsável pela movimentação das contas bancárias, bem como que não tinha conhecimento do quantum que era movimentado nelas, por si só, não afasta sua responsabilidade pelo delito de lavagem. Como dito anteriormente, não há dúvidas de que o réu tinha pleno conhecimento do modus operandi da empresa Riotur e atuava ao lado de JOÃO CARLOS no mercado cambiário (compra e venda de moeda e remessa de valores para o exterior), operando instituição financeira sem autorização. Do mesmo modo, está claro que JOSÉ GERALDO emprestou seu nome e abriu as contas nos bancos a fim de que JOÃO CARLOS pudesse movimentar os valores advindos do câmbio, conclusão extraída dos depoimentos prestados pelo próprio réu em sede

⁵¹² Página 30 do acórdão.

policial (e. 10, INQ1, fl. 07 e e. 10, INQ2, fls. 104/105) e em Juízo (e. 111, VIDEO2).

Assim, considerando-se que JOSÉ GERALDO DE OLIVEIRA BITAR cedeu, consciente e voluntariamente, contas bancárias de sua titularidade para que JOÃO CARLOS RIVERO SILVA realizasse a movimentação financeira de recursos de sua titularidade, oriundos da atividade de câmbio irregular, bem como que conhecia a origem dos valores, demonstrado está que ele contribuiu decisivamente para a ocultação da origem, disposição, movimentação e propriedade de valores de origem ilícita.

Acrescento que, de acordo com o Laudo de Exame Econômico-Financeiro n. 1895/05-SR/RS, a conta poupança n. 39.021779.9-6 e a conta corrente n. 35.021.779.0-3, ambas da Agência n. 0235.23 do Banco Banrisul, devem ser tomadas como uma conta única para fins de aferição dos atos de lavagem praticados pelo réu, haja vista que a primeira era utilizada, basicamente, para a entrada de valores. Por conseguinte, as contas titularizadas pelo réu no Banrisul, no Bradesco e na Caixa Econômica Federal configuram três fatos delitivos⁵¹³.

Apesar de o Desembargador Relator concordar com os fundamentos expostos pelo sentenciante de que o réu agiu com dolo direto, realiza “argumentação-reserva” – o que se denota da expressão “ainda que assim não entendesse” –, no sentido de que o réu tinha condições mínimas para perceber a origem ilícita dos valores que movimentava em suas diversas contas bancárias. Utiliza-se, no ponto, a noção de impossibilidade de “ignorância”, ou seja, de que, a partir dos dados fáticos, não era possível ao acusado refutar a possibilidade de incorrer no ilícito.

O problema da fundamentação do dolo eventual, para além de ser usada como “argumento-reserva”, é que se mistura a noção de possibilidade de conhecimento, atrelada às teorias do dolo eventual, com a de ignorância, típica da teoria da cegueira deliberada. Essa confusão encontra-se ilustrada na seguinte passagem:

“(…) Ora, ao meu sentir, não se mostra verossímil que o apelante, abrindo contas em seu nome e cedendo-as para vultosa movimentação financeira, ignorasse a possibilidade de incorrer em ilícito.

E vai-se além, constatando-se que as operações financeiras eram realizadas em seu nome, evidente a intenção de dissimular e/ou ocultar a origem do numerário que movimentava. Portanto, embora fosse possível ao réu ter ciência sobre a prática de ilícitos no meio em que atuava, criou mecanismos que o impediam de tomar conhecimento dos fatos, preferindo ignorar os atos que praticava. Por certo,

⁵¹³ Páginas 36-37 do acórdão.

age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também aquele que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal)”⁵¹⁴.

Misturam-se, pois, conceitos de institutos diversos, quais sejam o dolo eventual e a cegueira deliberada. A ignorância não é utilizada em nenhuma teoria diferenciadora do dolo eventual e da culpa consciente⁵¹⁵, sendo conceito próprio da cegueira deliberada. Essa teoria, também chamada de “ignorância deliberada”, é aplicável aos casos em “[...] que a pessoa se mantém propositalmente alheia a um fato de cuja ciência dependeria a incriminação de sua conduta”⁵¹⁶. Figurativamente, a pessoa que age em ignorância deliberada ergue uma barreira para se esquivar da representação da consumação do ilícito.

Ao trabalhar com a noção de possibilidade, há referência à teoria da possibilidade, segundo a qual a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado deveria impedir a ação do agente⁵¹⁷. Assim, a utilização indiscriminada de termos de teorias diversas torna a argumentação mais frágil, ainda que haja provas suficientes acerca do dolo do agente, pois traveste o instituto do dolo eventual como mero argumento retórico. Se há provas suficientes e claras acerca das circunstâncias fáticas, de modo que é possível auferir o dolo pelos indicadores externos, não haveria necessidade de imputar ao acusado duas subespécies dolosas alternativamente.

Outrossim, no voto, o Desembargador Relator reconhece que a admissibilidade do dolo eventual na lavagem é tema controvertido, “face à imprescindibilidade de um ‘*elemento normativo especial*’, qual seja o delito antecedente”⁵¹⁸. Nada obstante, conforme demonstrado na subseção 2.3.1 Argumentos contrários à admissão do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, a corrente que entende ser incompatível o dolo eventual com a lavagem aponta como elemento especial do tipo o dolo de reinserir os ativos na economia formal, e não o crime (ou, nos termos da Lei n. 12.683/2012, a infração penal) antecedente, vez que este elemento consta expresso no tipo, inexistindo espaço para discussão. O que é controvertido na doutrina é a existência ou não de um elemento subjetivo especial do tipo que vedaria a possibilidade de imputação a título de dolo eventual.

⁵¹⁴ Página 37 do acórdão.

⁵¹⁵ Ver subseção 1.4 TEORIAS DIFERENCIADORAS DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE.

⁵¹⁶ PRADO, Rodrigo Leite. *Op. cit.*, p. 295.

⁵¹⁷ Ver nota de rodapé n. 273.

⁵¹⁸ Páginas 37-38 do acórdão.

Ainda assim, o Tribunal refutou a ideia de existência de um elemento subjetivo especial do tipo com base na decisão da Ação Penal n. 470 do STF⁵¹⁹ (Caso “Mensalão”), no qual consta consignada a admissibilidade do dolo eventual na lavagem em razão da inexistência de elemento subjetivo especial do tipo.

Ao final, somando-se à noção de cegueira deliberada e possibilidade de conhecimento, menciona-se que, “ainda que José Geraldo pudesse não ter a certeza de que contribuía para o branqueamento de capitais, assentiu com seu resultado”. Por conseguinte, utilizou-se uma terceira teoria, a do consentimento, segundo a qual há dolo eventual quando o agente representa a possível ocorrência do resultado e, ainda assim, consente com (ou assume o risco de) produzir o resultado⁵²⁰.

No ponto, relembra-se que a teoria do consentimento, na vertente que entende ser compatível a desaprovação interna do resultado com o dolo eventual, é a mais adequada para a definição do elemento subjetivo eventual, pois diferencia o querer emocional e o querer jurídico. No caso, observa-se que, partindo-se do pressuposto que o réu não tinha certeza acerca da origem ilícita dos ativos, mas possuía elementos que a indicassem, ele ainda assim optou por agir, prosseguindo com a sua conduta. Mesmo que ele não quisesse praticar o crime de lavagem, ao tomar a decisão consciente de agir, consentiu com a eventualidade do resultado. Assim, a teoria do consentimento não é estrita a ponto de abranger somente os casos em que há a aprovação interna do resultado, nem ampla a ponto de abarcar indiscriminadamente qualquer situação em que se cogite a possibilidade de ocorrência do resultado.

De fato, não se pode negar que, pelas provas descritas no acórdão (declarações policiais e interrogatório do réu, declarações policiais e testemunhos dos proprietários das empresas que negociavam os valores, informações bancárias, laudos de exame econômico-financeiro), conclui-se que o réu agiu dolosamente. Ao longo de 3 anos, o acusado, que trabalhava em empresa localizada no Uruguai, abriu diversas contas no Brasil, em seu nome, movimentando valores em moeda nacional e estrangeira, para receber e pagar, correspondentes a operações ilegais realizadas pela pessoa jurídica para a qual trabalhava.

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro e outros. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 17 dez. 2012, DJe 22/04/2013, p. 1271-1274). Curioso notar que a argumentação constante nessas páginas do acórdão da APn n. 470 do STF em muito se assemelha à de MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 59-60, p. 69-70.

⁵²⁰ Ver nota de rodapé n. 198.

Esses valores, oriundos de atividade ilícita, da qual inclusive o réu participava e fora condenado (operação ilegal de instituição financeira), não só eram depositados em suas contas e em seu nome, mas também nunca foram transferidos para as contas da empresa: eles eram sacados fisicamente pelo acusado, ou repassados por meio de cheques em branco assinados por ele.

Em seu interrogatório, o réu afirmou que foi contratado para realizar o serviço externo, de banco, e que seu empregador o obrigou a abrir diversas contas bancárias em seu nome e a assinar vários talões de cheque em branco, entregando-lhe, também, o cartão. Nada obstante, nenhum serviço, incluindo o de *office boy* do acusado, envolve a abertura de contas em nome do empregado para que o empregador as movimente e as administre livremente, inclusive tomando cheques em branco assinados pelo empregado, ainda mais considerando que qualquer problema com a conta seria de responsabilidade do acusado, enquanto titular.

O réu realizava as operações de troca de câmbio, enviando valores para o exterior, e permitia a utilização de seu nome e de suas contas, abertas com esse fim exclusivo, para movimentar valores que pertenciam (ilegalmente) à empresa.

Também se observa que, apesar de negar envolvimento com a operacionalização dessas contas, em seu interrogatório, o acusado demonstrou saber como funcionavam todas as operações de troca de câmbio e a movimentação do dinheiro em suas contas. Não só os valores eram fracionados em contas diversas, abertas em outro país, como também sempre permaneciam em nome de terceiro (no caso, do acusado), o que os afastava do crime originário.

Dessa forma, o réu ocultava a titularidade, a origem, a movimentação e a disponibilidade dos valores oriundos de crimes, praticados por ele e por seu empregador, das autoridades brasileiras. Não se trata, pois, de um laranja alheio ao cotidiano da empresa, mas de um funcionário que participava das operações ilegais realizadas pelo empregador e da lavagem dos valores auferidos ilegalmente.

Ainda assim, constatam-se, pois, três problemas na decisão, elencados em ordem crescente de gravidade: (a) a utilização do dolo eventual como “argumento-reserva”, o que pode esvaziar a importância do instituto; (b) a indicação de que o elemento especial do tipo que afastaria a possibilidade de dolo eventual seria o delito antecedente; (c) a mistura de três teorias diferentes acerca do elemento subjetivo.

Em primeiro, não haveria necessidade de se valer do “argumento-reserva”, pois há elementos suficientes para concluir pelo efetivo conhecimento do réu acerca da origem ilícita dos valores, seja pela participação no crime antecedente, seja por deixar-se usar como laranja, preservando a identidade da empresa. O acusado demonstrou ter conhecimento detalhado do *modus operandi* das vultosas operações cambiais e da lavagem, participando, junto ao empregador, de todas as condutas e cedendo seu nome para ocultar os valores. O mero fato de ele negar saber que o dinheiro era ilícito não tem o condão de afastar as provas relativas à ciência do fato.

Logo, não seria necessário argumentar que, ainda que não tenha agido com dolo direto, assumiu o risco de praticar o crime de lavagem, sob pena de enfraquecer o instituto do dolo eventual a mero argumento retórico. Nesse sentido, há casos em que não está caracterizada a ciência plena da origem ilícita dos ativos, mas tão somente da ciência da possibilidade de serem oriundos de crime, configurando-se o dolo eventual. Caso comece a se utilizar indiscriminadamente o dolo eventual como “argumento-reserva” em todos os casos em que está configurado o dolo direto, haverá o esvaziamento do instituto para os casos em que realmente é necessário.

Em segundo, não se pode afirmar que o elemento especial que suscita as discussões acerca da admissibilidade do dolo eventual na lavagem seja o delito antecedente. Este é elemento normativo expresso do tipo, sendo imprescindível em todos os casos – não há crime de lavagem sem delito antecedente. O que se discute, em verdade, é se existiria um elemento subjetivo especial do tipo correspondente à vontade de reinserir os ativos na economia formal.

Por fim, em terceiro, misturar conceitos de teorias diversas torna a fundamentação frágil, pois não só demonstra ausência de domínio sobre o tema, mas também faz parecer que elas não são suficientes em si. Corre-se o risco de perder a essência de cada uma delas.

CONCLUSÕES

O problema que norteou a presente investigação, relativo ao dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, foi propulsor de amplo debate acadêmico no direito brasileiro, em razão da abertura interpretativa do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 e dos diferentes tratamentos dados internacionalmente ao tipo penal da lavagem. Todavia, era imprescindível, a essa questão, a fixação da seguinte premissa: o que é o dolo eventual?

Essa temática conduziu ao exame das teorias diferenciadoras do dolo eventual e da culpa consciente, quais sejam as teorias volitivas (teoria do consentimento ou da aprovação, teoria da indiferença ou do sentimento, teoria da vontade de evitação não comprovada e as fórmulas de Frank) e as teorias cognitivas (teoria da representação ou da possibilidade, teoria da probabilidade, teoria do risco não permitido e teoria do perigo protegido ou assegurado). Em sequência, fixou-se uma noção de dolo eventual e, partindo-se da hipótese de que o crime de lavagem não exige a certeza de que os ativos sejam provenientes de infração penal, sendo admissível a imputação da lavagem a título de dolo eventual, analisou-se a sua compatibilidade com o crime de lavagem de dinheiro. A partir daí, estabeleceram-se as seguintes conclusões:

1) O dolo eventual é a subespécie dolosa de mais difícil conceituação, em razão da tênue fronteira distintiva com a culpa consciente. A dificuldade maior encontra-se na relação de intensidade dos elementos cognitivo e volitivo, vez que este é menos intenso do que no dolo direto de primeiro grau; aquele, menos intenso do que no dolo direto de segundo grau. Ademais, tampouco há clareza quanto ao grau de consciência exigido pelo dolo eventual, ainda que se parta do pressuposto que seja equivalente ao exigido pela culpa consciente. Nesse caso, a diferença entre essas subespécies subjetivas residiria no elemento volitivo: em face da representação efetiva da possibilidade de realização do resultado ilícito, o agente, na culpa consciente, confia na sua não ocorrência, pelas suas habilidades ou pelo acaso; no dolo eventual, acredita que o resultado pode ocorrer.

2) Nada obstante, a fim de melhor distinguir o dolo eventual da culpa consciente, formularam-se teorias diferenciadoras, subdivididas em teorias cognitivas e teorias volitivas, as quais estão umbilicalmente ligadas aos componentes do dolo, uma vez que, para as primeiras, o dolo seria composto exclusivamente pelo elemento cognitivo, enquanto que, para as segundas, pelos elementos cognitivo e volitivo.

3) O objetivo de normatizar por completo o elemento subjetivo do tipo, plasmado nas teorias cognitivas, distorce a própria realidade da conduta humana. Considerando que esta consiste na representação mental do resultado, da seleção dos meios e das consequências concomitantes, concretizada no mundo exterior e norteadas por um fim, não é possível desvincular a ação do elemento volitivo-decisional. Corre-se o risco de transformar a aferição do dolo em juízo meramente presuntivo, pois, em face da representação da possibilidade ou probabilidade de ocorrência do resultado, imputar-se-ia ao agente a prática do crime. Isso decorre do fato de o dolo ser um elemento anímico interno ao agente, aferível pelos indicadores externos, de modo que qualquer tentativa de normatizá-lo por inteiro resulta em produção plastificada e artificial.

4) Ao representar a possibilidade ou probabilidade de lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, o agente, independentemente de seus motivos, toma conscientemente uma decisão e a executa em vista de um fim específico. Caso aja de modo a efetivamente concretizar o resultado ilícito anteriormente representado, sem alterar sua conduta ou os meios de execução, seja o resultado seu objetivo final, intermediário ou necessário a outros fins, ilícitos ou não, o agente quis realizar o tipo penal. Esse querer corresponde ao sentido jurídico da vontade dolosa.

5) O processo decisório racional de tomada de decisão, integrante da conduta típica, consubstancia a vontade e, portanto, esta é componente do dolo, em todas as suas subespécies. Nesse sentido, ainda que as teorias cognitivas neguem a existência de um elemento volitivo, há, em verdade, o travestimento dele como elemento cognitivo.

6) Adota-se a teoria do consentimento como diferenciadora do dolo eventual e da culpa consciente, na vertente que compatibiliza o elemento subjetivo com a desaprovação interna do resultado, segundo a qual há dolo eventual quando o agente, ao representar o resultado como de possível ocorrência, conta com a prática da conduta ilícita, independentemente da expressão utilizada (contar com, consentir com, tomar a sério, anuir ao, etc.).

7) Quanto ao grau de consciência exigido para fins de dolo eventual, pode-se afirmar que se trata de um grau intermediário, afastando-se dos extremos de qualquer probabilidade (o que incorreria em uma consciência potencial) e de previsão exaustiva (o que incorreria em premeditação ponderada). Entretanto, não é possível fornecer um parâmetro mais restrito, sob pena de enrijecer o instituto do dolo eventual e torná-lo incompatível com as variáveis da realidade.

8) No ordenamento jurídico brasileiro, o crime de lavagem de dinheiro encontra-se tipificado na Lei n. 9.613/1998 e consiste no processo de ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, provenientes de infração penal. Ou seja, visa-se confeccionar aparência de licitude a bens ilícitos. Em relação ao elemento subjetivo, inexistente o crime de lavagem na modalidade culposa, em face da inexistência de previsão legal, nos termos do art. 18, parágrafo único, do CP. Assim, para ser responsabilizado pela prática de lavagem, o agente deve praticar uma das condutas descritas no art. 1º da Lei n. 9.613/1998 dolosamente. Contudo, seria necessário o agente possuir o pleno conhecimento acerca da origem ilícita dos ativos para incorrer no crime de lavagem? Expondo o problema de outro modo, seria compatível o dolo eventual com a lavagem? Essa dúvida surge em relação ao art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998, pois no art. 1º, § 1º e § 2º, II, constam as expressões “para ocultar ou dissimular” e “tendo conhecimento de”, indicativas de que não basta a representação das consequências da conduta como possíveis ou eventuais, mas sim como certas ou necessárias. Logo, nesses dispositivos, está afastada a possibilidade de imputação a título de dolo eventual.

9) A doutrina divide-se em duas correntes: a que entende ser incompatível e a que entende ser compatível o dolo eventual com o crime de lavagem de dinheiro. Para a primeira, o principal argumento para a inadmissibilidade dessa subespécie dolosa na lavagem seria a natureza do crime, da qual decorreria a intenção de forjar aparência de licitude ao ativo ilícito e reinseri-lo na economia formal, o que constituiria elemento subjetivo implícito do tipo e afastaria o dolo eventual. Para a segunda, os principais argumentos para a sua admissibilidade seriam a redação legal (inexistência de elemento subjetivo especial no art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998 e previsão no Item 40 da Exposição de Motivos da Lei), a natureza do crime, uma vez que não há a exigência de uma intencionalidade específica em razão da necessidade de punição da lavagem profissional, e o cenário do Direito Comparado, que demonstra um movimento de tipificação da lavagem em todas as modalidades dolosas.

10) Entende-se ser admissível o dolo eventual nos crimes de lavagem do art. 1º, *caput* e § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998. Sob o aspecto da redação legal, em relação ao *caput*, jamais constou na redação legal qualquer expressão relativa à exigência de pleno conhecimento, como “sabendo” ou “que sabe”, o que se encontra em consonância com a Exposição de Motivos da Lei. Em relação ao § 2º, I, a Lei n. 12.683/2012 revogou expressamente a expressão “que sabe”, afastando a necessidade de o agente possuir conhecimento certo acerca da origem ilícita do ativo. Logo, em face da alteração substancial do elemento subjetivo nesse

dispositivo, não se pode afirmar que deve ser preservada a interpretação anterior à reforma de 2012.

11) Sob o aspecto da natureza do crime, o tipo penal da lavagem não exige categoricamente um elemento subjetivo específico do tipo de confeccionar aparência de licitude ao ativo ilícito e de reinseri-lo na economia formal.

12) Em primeiro, à luz das Convenções internacionais de combate à lavagem, há a tipificação do crime em mais de um tipo penal: há tipos em que se exige uma finalidade específica; em outros, não. O mesmo ocorre na Lei n. 9.613/1996, em que o art. 1º, nos § 1º e § 2º, II, exige um elemento subjetivo especial, enquanto que no *caput* e no § 2º, I, não. É curioso notar que, no § 1º, o elemento subjetivo especial é a reprodução do *caput*, o que serve de indicativo de que no *caput* não haveria elemento subjetivo específico do tipo, uma vez que este, no § 1º, consiste na própria conduta do *caput*. No § 2º, II, há um problema de técnica legislativa, vez que se trata, em verdade, de um tipo penal extensivo de concurso de pessoas. Não há a tipificação de uma nova conduta, simplesmente punindo-se a participação de quem integra grupo, associação ou escritório que tem como atividade principal ou secundária as condutas tipificadas no art. 1º da Lei n. 9.613/1998. Também se aponta que é inadequada a punição da participação somente na modalidade do dolo direto, decorrente da existência de elemento subjetivo especial do tipo (“tendo conhecimento de”), uma vez que o concurso de pessoas é categoria autônoma, desvinculada do elemento subjetivo, inexistindo razões para haver referida restrição legal.

13) Em segundo, a existência de um elemento subjetivo específico implícito do tipo tornaria vazio o objetivo de punir a lavagem terceirizada e profissional. Isso decorre do fato de que esses agentes não são os beneficiários diretos do crime, mas recebem comissão para ocultar/dissimular os ativos ou permitem que seu nome e dados sejam utilizados nas operações como laranjas. Caso se exija uma finalidade subjetiva específica, dificulta-se a responsabilização desses agentes, pois, muitas vezes, apenas colaboram sem ter maior conhecimento acerca das circunstâncias de obtenção do ativo.

14) Em terceiro, pode-se fazer um comparativo do crime de lavagem com o tratamento jurisprudencial dado a outros crimes econômico-fiscais, como a sonegação fiscal, a apropriação indébita previdenciária e a sonegação previdenciária, em relação aos quais se entende que, apesar de serem crimes que exigem a produção do resultado, o dolo do tipo é genérico.

15) Em vista da abertura interpretativa gerada pela redação do art. 1º da Lei n. 9.613/1996, seria recomendável que o legislador inserisse, nos tipos penais, expressões indicativas da admissibilidade ou não do dolo eventual na lavagem. Nada obstante, enquanto inexistir referida alteração legal, o dolo eventual é compatível com o crime de lavagem.

16) Ao se analisar a Apelação Criminal n. 5032857-56.2010.4.04.7100/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que foi objeto do Capítulo 3, identificaram-se os seguintes problemas na utilização do instituto do dolo eventual: (a) a utilização do dolo eventual como “argumento-reserva”; (b) a indicação de que o elemento especial do tipo que afastaria o dolo eventual seria o delito antecedente; (c) a mistura de três teorias diferentes acerca do dolo.

17) Em relação ao primeiro problema, não se deve construir argumentação relativa ao dolo eventual quando há, nos autos, provas suficientes acerca do dolo direto. Caso se dê ao dolo eventual função de mero argumento retórico, nos casos em que é desnecessário, há o enfraquecimento do instituto para os casos em que realmente seria necessário, ou seja, quando não está configurado o dolo direto e há provas suficientes acerca do dolo eventual.

18) Em relação ao segundo, o elemento especial que suscita as discussões acerca da admissibilidade ou não do dolo eventual na lavagem é a confecção de aparência de licitude do ativo ilícito para posterior reinserção na economia formal, e não o delito antecedente, que constitui elemento normativo expresso e presente em todos os tipos penais da lavagem.

19) Em relação ao terceiro, houve a mistura, no voto do Desembargador Relator, de duas teorias distintas do dolo eventual, quais sejam a teoria da possibilidade e a do consentimento, e da ignorância, própria da cegueira deliberada, que consiste em elemento subjetivo diverso do dolo eventual (e por isso não abordado especificamente na presente pesquisa). Havendo a aplicação de diversas linhas teóricas, a argumentação torna-se mais frágil, ainda que haja provas suficientes acerca do dolo do agente, pois dá a aparência de que não há elementos suficientes e por isso tem de misturar mais de uma teoria, como forma de dar sustento argumentativo ao posicionamento adotado.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

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., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal - La doctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, 2002.

BÖHMER, Johann Samuel Friedrich von. **Observationes selectae ad B. Carpzovii Practicam novam Rerum Criminalium Imperialem Saxoniam**. Frankfurt a.M.: Franciscum Varrentrapp, 1759.

BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. Teorias da conduta no direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 89-95, out./dez. 2000.

BRASIL. Decreto n. 154, de 26 jun. 1991. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 9 fev. 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 mar. 2004. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 12 fev. 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.687, de 31 jan. 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em 12 fev. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2018.

BRASIL. Exposição de Motivos n. 692/MJ, de 18 dez. 1996. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/legislacao-1/Exposicao%20de%20Motivos%20Lei%209613.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 mar. 1998, alterada pela Lei n. 12.683, de 9 jul. 2012. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 26 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2471. Denunciante: Ministério Público Federal. Investigados: P.S.M., S.L.M., F.M., J.L.F.C.T., L.M.C., M.M.M.C., L.M.A.S., O.M., H.B.K., R.C.H., M.H. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 set. 2011, DJe 01/03/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro e outros. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 17 dez. 2012, DJe 22/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 470 EI-sextos. Embargante: João Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux, Relator p/ acórdão: Luís Roberto Barroso. Brasília, 13 mar. 2014, DJe 21/08/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 863. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Salim Maluf. Relator: Edson Fachin. Brasília, 23 mai. 2017, DJe 29/08/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 144295. Recorrente: Eduardo Cosentino da Cunha. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Edson Fachin. Brasília, 28 nov. 2017, DJe 01/03/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 7346. Requerente: Geddel Quadros Vieira Lima. Requerido: Ministério Público Federal. Relator: Edson Fachin. Brasília, 08 mai. 2018, DJe 20/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 113418. Impetrante: Defensoria Pública da União. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Jorge Negri. Relator: Luiz Fux. Brasília, 24 set. 2013, DJe 17/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n. 516. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Fuscaldi Cesílio e Edna Márcia Cesílio. Relator: Ayres Britto. Brasília, 27 set. 2010, DJe 06/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1225680. Agravante: Rozendo Neves. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Joel Ilan Paciornik. Brasília, 14 ago. 2018, DJe 24/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Agravante: José Carlos da Silva Souza e Luiz Carlos da Silva Souza. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 08 mai. 2018, DJe 21/05/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n.: 5032857-56.2010.4.04.7100. Apelantes: José Geraldo Oliveira Bitar e Ministério Público Federal. Apelados: José Geraldo Oliveira Bitar e Ministério Público Federal. Relatora: Cláudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, juntado aos autos em 23/08/2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – parte geral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 2, t. 2.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Domínio do fato, limites normativos da participação criminal e dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro: reflexos na APn 470/MG. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 933, p. 111-129, jul. 2013.

_____; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. Tradução de Beatriz Romero Flores. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, B., p. 393-430, 2003.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

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

Convenção de Estrasburgo sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime, de 8 nov. 1990. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168007bd23>>. Acesso em 12 fev. 2018.

Convenção de Varsóvia sobre Lavagem, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime e sobre o Financiamento do Terrorismo, de 16 mai. 2005. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168008371f>>. Acesso em 12 fev. 2018.

COSTA, Pedro Jorge. Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 83-108, jul./ago. 2015.

CUELLO, Joaquín. Acción, capacidad de acción y dolo eventual. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 36, n. 1, p. 77-99, jan./abr. 1983.

CURY, Enrique. Contribución al debate acerca del dolo eventual. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales**, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p. 149-157, 1975.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

_____. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Seminário internacional de Direito Penal: algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco**. Universidade Lusíada, Lisboa, mar. de 2000, Separata.

DÍAZ-ARANDA, Enrique. Teorías del dolo eventual. **Criminalia**, México, v. 63, n. 2, p. 47-64, mai./ago. 1997.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 10 jun. 1991. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991L0308&from=PT>>. Acesso em 10 fev. 2018.

Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 4 dez. 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:57ce32a4-2d5b-48f6-adb0-c1c4c7f7a192.0010.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em 10 fev. 2018.

Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 out. 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0060&from=PT>>. Acesso em 10 fev. 2018.

Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 mai. 2015. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=PT>>. Acesso em 10 fev. 2018.

DUVAL, Raoul. **Du dol éventuel: étude de droit comparé**. Paris: V. Giard & E. Brièu, 1900.

FAFT. **Money laundering**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223>>. Acesso em 12 fev. 2018.

FARIA COSTA, José de. **Tentativa e dolo eventual**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1996.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, ISSN-e 1698-739X, n. 2, 2008.

FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. Tipos penais incriminadores que preveem elementos subjetivos especiais: a (in)suficiência do dolo eventual. In: MOURA, João Batista Oliveira de (coord.). **Culpa, dolo e culpabilidade**. Curitiba: Juruá, 2017.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FMI. **Model legislation on money laundering and financing of terrorism**. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/leg/amlcft/eng/pdf/amlml05.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 1ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de derecho y ciencias penales**: Revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 1, n. 3, p. 355-386, 1972.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. Em: Silva Dias u.a. (Hrsg.). **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF). **Ministério da Fazenda**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>>. Acesso em 10 out. 2018.

GUTIÉRREZ, Mariano Hernán. Contra el dolo eventual. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal: criminología, teoría y praxis**, Buenos Aires, v. 1, n. 1, p. 235-260, 2002.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Tórtima. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-22.

_____. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Org. e rev.: Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução de Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

_____. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 43, n. 3, p. 909-931, set./dez. 1990.

_____. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. **Anales de Jurisprudencia**, n. 260, nov./dez. 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C LTDA. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940)**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2.

JAKOBS, Günther. **Proteção de Bens Jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Tradução, apresentação e notas de Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Derecho Penal – parte general: fundamentos y teoría de la imputación.** Tradução de Joaquín Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal. Tradução de Joaquín Cuello. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 42, n. 2, p. 633-652, mai./ago. 1989.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: parte general.** Tradução e acréscimos do Direito espanhol: S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1.

KAUFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. Tradução de R. F. Suárez Montes. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, n. 2, p. 185-206, 1960.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, t. 1.

LUIZI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1987.

MACEDO, Carlos Márcio Rissi. **Lavagem de dinheiro: análise crítica das Leis 9.613, de 03 de março de 1998 e 10.701 de 09 de julho de 2003.** Curitiba: Juruá, 2006.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal.** Tradução de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971, v. 1.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime): anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión: a propósito de la STS de 23 de abril de 1992 sobre el aceite de colza. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 48, n. 2, p. 419-440, mai./ago. 1995.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Elementos subjetivos do injusto.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e Direito Penal – modernas tendências**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962, v. 1.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEZGER, Edmund. **Strafrecht**. Ein Lehrbuch, 1933.

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

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

_____; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal – parte general**. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação – as recomendações do GAFI, de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 10 out. 2018.

PRADO, Rodrigo Leite. Dos crimes: aspectos subjetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PEREIRA, Flavio Cardoso. Lavagem de dinheiro: compatibilidade com o dolo eventual? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, n. 31, p. 32-44, abr./mai. 2005.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUPPE, Ingeborg. **Distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 114-132, jan./fev. 2006.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 129-155, nov./dez. 2007.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução de Cancio Meliá. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Vol. 15-01 (2013), p. 1-27.

_____. **Derecho Penal – parte general**. Tradução de Diego–Manuel Luzón Peña et al. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Tradução de Enrique Bacigalupo. **Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Buenos Aires: Depalma, a. 4, 1975, p. 329-347.

SANTOS, Humberto Souza. Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 87-118, jul./ago. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ainda a expansão do Direito Penal: o papel do dolo eventual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, p. 222-238, jan./fev. 2007.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 223-250, jul. 2016.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, Juarez. Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 14, p. 107-119, 1971.

_____. **Teoria do crime culposo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª ed., 17ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELO, Joe Tennyson. A fenomenologia do dolo “eventual”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 108, p. 15-54, mai./jun. 2014.

VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 237, p. 17-18, ago. 2012.

VON HIPPEL, Robert. **Deutsches Strafrecht**, Bd. II, 1925.

WELTER, Antônio Carlos. Dos crimes: dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**. COLOCAR TRADUTOR. 4ª ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1997.

_____. La teoría de la acción. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 21, p. 65-69, ago./set. 2003.

_____. **Teoría de la acción finalista**. Tradução de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.