ASPECTOS SUBJETIVOS E A DOGMÁTICA PENAL NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

SUBJECTIVE ASPECTS AND THE CRIMINAL DOGMATICS IN MONEY LAUNDERING CRIME

Pedro H. C. Fonseca¹
PUC Minas

Resumo

Neste artigo verifica-se como objeto problema a análise dos aspectos subjetivos do delito de lavagem de dinheiro e a dogmática penal a partir da consciência do agente. Aprofunda-se a questão da consciência, do erro e sobretudo, a análise do dolo no delito de branqueamento sob uma perspectiva científica. O texto está inserido dentro do aspecto metodológico jurídico-teórico tendo em vista a investigação que se pretende desenvolver estar relacionada com os aspectos gerais e específicos do campo do Direito penal com a análise dogmática. O texto desenvolve com orientação pelo método de abordagem dialética, pelo que se busca adentrar no fenômeno investigado, para explorar as minúcias do tema.

Palayras-chaves

Aspectos subjetivos. Dogmática. Lavagem de dinheiro.

Abstract

In this article it is verified as a problem object the analysis of the subjective aspects of the crime of money laundering and the criminal dogmatic from the agent's conscience. The question of conscience, of error and, above all, the analysis of intent in the crime of laundering from a scientific perspective is deepened. The text is inserted within the juridical-theoretical methodological aspect in view of the research that is intended to be related to the general and specific aspects of the field of criminal law with dogmatic analysis. The text develops with guidance by the method of dialectical approach, reason why it is sought to penetrate in the investigated phenomenon, to explore the minucias of the subject.

¹ Doutor em Direito Penal pela PUC Minas.

Keywords

Subjective aspects. Dogmatic. Money laundering.

1. Introdução

Considerando o papel do bem jurídico no Direito penal constitucional, momento em que se dá relevância às regras do Estado Democrático de Direito, em que se admite o bem jurídico no sistema finalista, este como parâmetro dogmático para análise da conduta no crime de lavagem de dinheiro, confere importância ao tema a questão da análise do dolo, do dolo eventual e a cegueira deliberada e da consciência da antijuridicidade material na realização das elementares do tipo deste modelo de delito, nos termos do art. 1º da Lei 9.613/98. O elemento subjetivo nuclear do delito de branqueamento de capitais, conforme a lei brasileira, está limitado no dolo, não admitindo a forma culposa, seja a culpa inconsciente seja a culpa consciente. Nesse sentido, é necessário que prove o dolo no processo penal, o qual busca averiguar a imputação ao agente, pois, não se presume dolo. Nesta linha, Badaró² delimita que "somente será responsável pelos crimes de lavagem de dinheiro cometidos nesta seara se for demonstrada sua relação psíquica com aqueles fatos, o conhecimento dos elementos típicos e a vontade de executar ou colaborar com sua realização." Sem a prova do dolo, não haverá tipicidade, e portanto, não haverá crime. Para além disso, a ausência da consciência e da vontade de realizar os verbos núcleos do tipo eliminam o delito de branqueamento, remetendo ainda, à necessária questão do erro, sobretudo no

² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 138.

Finalismo.

Considerando que o agente deve ter completa consciência da origem ilegal dos bens e capital para ocorrer o crime de lavagem de capitais, e que o dolo é o elemento subjetivo nuclear do crime, se o agente desconhecer a procedência dos bens e dinheiro, não ocorrerá o crime de lavagem de capitais por ausência de tipicidade. Veja que a consciência da conduta de inserção de bens e valores, isolada de conhecimento de procedência infracional destes bens e valores, por si só, não atinge bem jurídico. Basta fazer um corte imaginário na conduta do branqueamento, a separando do delito antecedente.

Além disso, não entendemos pela procedência do delito se o grau de consciência for diminuído, a ponto de considerar o dolo eventual em relação à procedência dos bens e do capital ilícito decorrente do delito antecedente.

É preciso que o agente tenha a consciência plena da origem ilícita dos bens e dinheiro, pois o comportamento do tipo pressupõe a ciência de um estado ou circunstância de fato anterior. É preciso haver a prova do dolo, com a consciência plena do agente em relação às circunstâncias do delito em estudo. Não se admite, portanto, o dolo, se há suspeita do agente em relação à origem ilegal dos recursos, mesmo que o agente assuma o risco. O dolo do branqueamento de capitais é direto, não podendo ser aceito o dolo eventual.

Importa analisar a questão da colocação do agente, intencionalmente, em situação de ignorância quanto à origem da ilicitude dos bens e dinheiro provenientes de delito antecedente. Trata-se da cegueira deliberada. A Wilfull Brindness não afasta o dolo do agente que se coloca intencionalmente em situação de ignorância com o objetivo de caracterizar erro. Permanece o dolo e não afasta a responsabilidade do agente, devendo necessariamente haver a prova

do dolo. Nesta linha de pensamento, aponta Badaró ³ da seguinte forma.

Ainda no campo do elemento subjetivo do tipo penal de lavagem de dinheiro, importa tratar de um instituto desenvolvido por países de *common law* conhecido por cegueira deliberada (*wilfull blindness*), pelo qual se reconhece o dolo não apenas nas hipóteses em que o agente conhece (dolo direto) ou suspeita (dolo eventual) da origem ilícita do capital, mas também naqueles nos quais cria conscientemente uma barreira para evitar ter ciência de qualquer característica suspeita sobre a procedência dos bens.

A teoria da cegueira ⁴ deliberada exige que o agente crie consciente e voluntariamente uma situação de impedimento do seu próprio saber para se isolar da ciência da origem ilegal dos bens e valores, e com isso realizar a conduta intencionada de forma aproximada ao dolo eventual, inaceitável no âmbito subjetivo do delito de lavagem de dinheiro.

Portanto, é preciso deixar de lado o dolo eventual, a culpa consciente e inconsciente e ter o dolo direito (o agente quer o resultado) como elemento subjetivo do tipo do delito do crime em questão. O agente que pratica o delito de lavagem de dinheiro deve fazer uma valoração quanto à realidade que se encontra, de modo que o agente precisa ter a consciência de que os bens tenham procedência

³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro:** aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters Arazandi, 2012.p.850-851.

de uma infração penal antecedente como elemento normativo do tipo.

Diante disso, somente completa o requisito subjetivo do delito no momento em que se percebe que o agente oculta ou dissimula a natureza, a origem, a localização, a disposição, o movimento ou propriedade de valores, bens ou direitos, sabendo antecipadamente que tais recursos decorrem de infração penal. Os verbos núcleos do tipo "ocultar" e "dissimular" não abre espaço para assunção de riscos, mas sim à intencionalidade, a vontade, a consciência, o querer, ou seja, o dolo direto. O que significa dizer que é neste âmbito circunstancial que se investiga a relação subjetiva com o bem jurídico, que se encontra na matéria do tipo na condição de objeto de proteção.

Antes de prosseguir, registra-se que é de suma importância esclarecer que a expressão "bens, direitos e valores", contidas no tipo do delito de lavagem de dinheiro encontra-se no sentido genérico, podendo ser quaisquer bens, direitos ou valores que sejam produto ou resultado de infração penal antecedente.

No momento da realização do delito de lavagem de dinheiro, conforme o art. 1º da Lei 9.613/98, identifica-se, conforme apontado acima, três fases para configurar o completo ciclo do branqueamento de capitais. O *placement* ou colocação, consistindo na conduta de infiltrar os bens ou valores de origem ilícita no sistema financeiro, de forma que há dificuldade em identificar sua procedência ilegal; o *layering*, que tem o objetivo de impedir o rastreamento da origem ilícita dos bens ou valores adquiridos com a atividade antecedente, sendo a verdadeira lavagem de dinheiro, de maneira que é colocada em prática por meio de várias movimentações financeiras ou a realização de vários negócios, de sorte que há a dificuldade de reconstruir o caminho percorrido pelo dinheiro, denominado trilha de papel -*paper trail*, pela maquiagem da trilha contábil. A terceira fase, *integration*, ocorre no momento em que os bens ou valores são

formalmente incorporados ao sistema financeiro. Contudo, a fase *placement*, a fase *layering* e a última fase *integration* representam, resumidamente a conduta de incorporar, conscientemente, valores ou bens decorrentes de condutas, admitidas pelo Estado como delituosas, num âmbito formal financeiro lícito, em que há, inclusive, o pagamento de tributos. Nesse instante, é preciso verificar se houve violação de bem jurídico e muito além disso, se ocorreu consciência de violação de bem jurídico. Para tanto, é necessário o entendimento da localização e papel doutrinário da consciência e da culpa na dogmática penal, sobretudo a finalista.

Pois bem, no sistema finalista, o desvalor da ação tem relevância, de sorte que o dolo e a culpa saíram da culpabilidade e foram para o âmbito do fato típico. Welzel não utiliza o conceito do dolo jurídico (ou normativo) ou dolus mallus que é o dolo com a consciência do fato e a consciência da ilicitude, mas utiliza o conceito do dolo natural, que é o dolo com a consciência do fato. A consciência da ilicitude não fica no dolo, mas sim na culpabilidade. Contudo, fica a potencial consciência da ilicitude. Basta ter potencial consciência da ilicitude, pois não é necessário a consciência plena. A antijuridicidade é pessoal, significando a contrariedade do fato relacionada ao autor. A culpabilidade passa a ser puramente normativa, não tem requisito subjetivo, sendo preenchida pela imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A tipicidade tem uma relação indiciária com a antijuridicidade, assim, a antijuridicidade exige que haja consciência do agente quanto às causas que a excluem. A culpabilidade passa a ser puro juízo de valor, uma vez excluídos os aspectos subjetivos. O juiz verifica se houve capacidade de entender e de querer do agente (imputabilidade), quando examina se o agente tinha condições de entender o caráter ilícito do fato e se podia agir de modo diverso. O autor de delito,

portanto, é aquele que tem o domínio final do fato. Importa ainda apontar que as estruturas lógico-objetivas⁵ – "sachlogische Strukturen" – são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta, que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento.

No sistema de Hans Welzel, é o objeto que condiciona o método. Não o contrário, ou seja, os valores estão na essência das coisas, e não no entendimento do intérprete. "O Finalismo manteve a estrutura idealizada pela concepção tripartida do sistema de Liszt e Beling, mas fez adequação no conceito de conduta, compreendendo-a como uma ação consciente e finalisticamente orientada".6Ao criticar o subjetivismo epistemológico e o relativismo valorativo do Neokantismo, Hans Welzel visualizou um objetivismo metodológico que concebe a ideia de que os valores residem nas coisas em si e não no intérprete, sendo o objeto condicionador do método.⁷ Welzel aloca o bem jurídico e sua lesão para ser analisada no âmbito da adequação social. O que significa, que encontra-se a questão do bem jurídico por detrás da adequação social, mas como elemento indispensável a ser analisado, sobretudo, havendo lesão. A consciência da lesão ao bem jurídico deve estar presente no movimento final do agente, o que se analisa no âmbito da lavagem de dinheiro.

_

⁵ WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 10.

⁶ PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários. 2014. 214f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 112.

⁷ WELZEL, Hans. Derecho penal: parte geral. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956. p. 1;21

Para além da análise da culpabilidade, está a concentração da verificação da consciência da antijuridicidade e a antissocialidade da ação e sua relação com os demais elementos do delito, necessários para verificação do aspecto subjetivo dogmático do delito de lavagem de capitais.

Conforme Reinhart Maurach⁸, a culpabilidade significa um juízo de reprovação pessoal realizado em relação ao agente de um fato típico e antijurídico, de modo que o agente poderia ter se comportado aos moldes do direito, mas escolheu livremente atuar contra o ordenamento jurídico. Tendo em vista o agente do delito receber a reprovação sobre um fato típico e antijurídico, configura a culpabilidade como um juízo derivado, devendo somente ser verificada, e também seus elementos, após a identificação de um fato típico e antijurídico. Um fato somente é típico e antijurídico, no Estado Democrático de Direito, se houver lesão a bem jurídico, aos moldes do sistema finalista iluminado pela via constitucional por meio do princípio da legalidade, princípio da adequação social e antinormatividade. Cláudio Brandão⁹, doutrinador ortodoxo finalista, ensina que " Não há como se interpretar o tipo penal, no âmbito da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito, sem a ideia de bem jurídico".

Assim, a reprovação da ação final recai sobre aquele que agir conscientemente para se comportar tipicamente e contrário ao direito, o que nos permite concluir que há direcionamento da conduta para lesionar bem jurídico. Nesse sentido, quanto ao crime de branqueamento de capitais e as fases *placement, layering* e *integration*,

⁸MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962. T. II, p. 14.

⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 113.

deve haver a consciência para agir contra o direito, além da consciência para lesar bem jurídico, mesmo que seja analisado sob a ótica da antijuridicidade material, ou seja, da antissocialidade.

A consciência da antijuridicidade significa a estrutura básica para haver reprovação da conduta do agente. Nas três fases do delito de lavagem de capitais, não parece possível encontrar consciência para lesar bem jurídico, mas para formalizar valores e bens e inseri-los formalmente no sistema econômico-financeiro.

Além disso, o Estado se quer preocupa com a colocação formal de tais bens e valores no âmbito formal econômico, pois, pelo princípio do *Non Olet*, não se dá importância da origem dos valores inseridos na economia, cobrando, de qualquer forma, o pagamento dos devidos tributos conforme as devidas operações. Sem bem jurídico definido sob proteção do Estado, não há possibilidade de haver consciência para lesionar o direito. O motivo da reprovação realizada pelo juízo de culpabilidade encontra-se no fato do agente se comportar contrariamente ao ordenamento, que por fim, protege o bem jurídico.

Pois bem, o doutrinador Cláudio Brandão vai além para explicar o sentido dogmático da culpabilidade penal, ao apresentar os elementos estruturantes do conceito de pessoa, que dão suporte a este instituto. Ensina que a vontade é a base para firmar o conceito de dolo, a liberdade fundamento o conceito de exigibilidade de conduta diversa, a consciência a sustentação da consciência da antijuridicidade e a capacidade para a verificação da imputabilidade. Sem a identificação de tais conceitos, não é possível a análise da culpa daquele que realiza as três fases do delito de branqueamento de capitais.

Os romanos desenvolveram o estudo do dolo e da culpa por meio da interpretação das leis, e não através dos textos legais. Teodoro

Mommsen¹º ensina que o conceito de culpa, sendo o mesmo que *dolus*, é decorrente da intepretação científica das leis. O dolo para os romanos, reconhecido como *dolus malus*, possuía dois elementos, o elemento normativo, que era a consciência da antijuridicidade e o elemento naturalístico que era a vontade. O dolo romano representava a vontade do agente para um proposito mau, que é, na verdade, a vontade em conexão com a consciência da antijuridicidade. Hipoteticamente, neste âmbito de análise, aquele que pratica as condutas das três fase do delito de branqueamento de capitais, teria que ter a vontade aliada à consciência de violar direito, o que fica difícil atingir, pois com a prática das três condutas/fases, há inserção de bens e valores na economia. Contudo, é importante o registro de que os romanos tinham a consciência de antijuridicidade como natureza de uma conduta contra a moral e não contra a lei.

2 Consciência da antijuridicidade e o erro no crime de lavagem de dinheiro

O Finalismo direciona a formação do crime a partir da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, de forma que o aspecto subjetivo passou para a tipicidade com o dolo e culpa na ação e a culpabilidade estabeleceu-se puramente normativa, onde reside o elemento da potencial consciência da antijuridicidade, como um dos elementos normativos da reprovabilidade, ao lado da inexigibilidade de conduta diversa e da imputabilidade.

Para explicar a posição dogmática da consciência da antijuridicidade na teoria do delito, em contraposição às teorias do

¹⁰ MOMMSEN, Teodoro. El derecho penal romano. Traducción de P. Dorado. Madri: España Moderna, 1989. t. 1, p. 98.

dolo, a doutrina desenvolveu as teorias da culpabilidade. Contudo, convém registrar que as teorias do dolo perderam sentido com a reforma penal da Alemanha, em 1975, prevalecendo as teorias da culpabilidade.

Na teoria estrita ou extremada do dolo, a consciência da antijuridicidade é elemento do dolo, excluindo-o se não verificar na conduta do agente a consciência da antijuridicidade. O dolo está na culpabilidade e a atual consciência da antijuridicidade dentro do dolo. Este dolo é normativo, pois o integra, a vontade, a previsão e o conhecimento atual de uma conduta proibida. Se houver erro, seja de tipo seja de proibição, haverá exclusão do dolo, e portanto da culpabilidade, pois o erro elimina o elemento normativo (consciência da antijuridicidade) e o elemento intelectual do dolo (previsão). Brandão11 ensina que pelo erro de tipo, haverá a exclusão da vontade de praticar o fato típico e antijurídico, excluindo-se, portanto o elemento psíquico do dolo. Pelo erro de proibição, haverá exclusão da consciência de antijuridicidade. Se fosse adotado esta teoria no delito de lavagem de dinheiro, qualquer erro quanto a conduta de qualquer das três fases, eliminaria a culpabilidade, havendo ainda configuração do injusto pela integridade dos demais elementos restantes.

A teoria limitada do dolo admite a consciência da antijuridicidade como elemento do dolo também, mas a consciência da antijuridicidade será potencial. Esta teoria decorre do desenvolvimento do pensamento de Mezger ¹² quanto ao agente, normalmente o criminoso habitual, que despreza o ordenamento jurídico e os valores da sociedade, de modo que atua em "cegueira"

¹¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 132-133.

¹² MEZGER, Edmund. **Derecho penal:** libro de estudio parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina. 1958.p.247.

jurídica" ou "hostilidade ao Direito", mas em potencial conhecimento da ilicitude de suas condutas. Não poderá alegar como defesa o agente que atua em descaso às regras sociais. Para Mezger¹³, o agir hostil ao direito, pela "culpabilidade pela conduta da vida" se equipara à ação dolosa, quanto aos efeitos jurídicos e a pena. Trata-se, na verdade, de presunção de dolo em situação de cegueira jurídica, ou seja, de descaso com a socialidade. O pensamento de Mezger permitiu evolução da teoria do delito, notadamente sob o aspecto da consciência de antijuridicidade, abrindo as portas para a potencial consciência quanto à ilicitude dos fatos como elemento da culpabilidade. Assim, nos casos em que há hostilidade ao direito, desprezo ao ordenamento deliberadamente, houve a substituição da consciência atual pela potencial. Quanto ao delito de lavagem de capitais, hipoteticamente, aquele que agir desprezando o direito, teria a potencialidade da consciência da antijuridicidade verificada nas fases de realização do delito.

No Finalismo, adota-se a teoria estrita ou extremada da culpabilidade. O dolo, na sua vertente puramente psicológica, denominado dolo natural, passa a residir no injusto. A consciência da antijuridicidade permanece na culpabilidade como elemento normativo. A ausência da consciência da antijuridicidade exclui a culpabilidade e não o dolo, pois este esgota-se com o querer objetivo do tipo. A consciência da antijuridicidade é potencial, o dolo é atual (previsão). Se o erro viciar o dolo, incidindo sobre o elemento intelectual do dolo, ou seja, a previsão, ocorrerá erro de tipo, deixando a culpabilidade íntegra, de modo que ocorrerá delito culposo se o erro for evitável, e houver previsão legal, o que, a propósito, não há do

¹³ MEZGER, Edmund. **Derecho penal:** libro de estudio parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina. 1958.p.247

delito de lavagem de capitais. Se o erro incidir sobre potencial consciência de antijuricidade, haverá erro de proibição. Se for inevitável, exclui a culpabilidade. Se for evitável, acarretará atenuação da pena, permanecendo a natureza do delito doloso.

A teoria limitada de culpabilidade exclui o dolo se houver erro quanto a existência da causa de justificação (erro de tipo permissivo); excluindo a culpabilidade se houver erro quanto aos limites da causa de justificação (erro de proibição). Há erro de tipo, excluindo o dolo, quando houver erro quanto a existência da descriminante e haverá erro de proibição, excluindo a culpabilidade, se o erro for inerente aos limites da causa de justificação. A teoria estrita da culpabilidade sempre excluirá a consciência da antijuridicidade, ocorrendo sempre o erro de proibição, havendo erro quanto à existência da descriminante ou havendo erro quanto aos limites da descriminante.

Importa registrar que a diferença entre a teoria finalista estrita ou extremada da culpabilidade e a teoria limitada da culpabilidade, esta adotada no CP brasileiro, art. 20, § 1º, e item 19 da Exposição de Motivos do CP, encontra-se nos parâmetros acima. Ambas fixam como elementos da culpabilidade a potencial consciência da antijuridicidade, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, havendo diferença em relação ao elemento excluído na verificação do erro de descriminantes putativas ou circunstancia fática de uma causa de justificação e o erro decorrente dos seus limites, assim aplicando ao delito de lavagem de capitais a teoria limitada da culpabilidade.

Hipoteticamente, se o agente acredita piamente que oculta valor para o seu irmão não ser cobrado por dívida lícita, inserindo dinheiro decorrente do tráfico de drogas no ambiente de formalidade econômico financeira para ajudar o irmão, imaginado pelo agente devedor, estaria ele em situação de erro de tipo, pois não teria conhecimento de que os recursos ocultados são de origem criminosa.

Trata-se de um equívoco quanto ao fato. Seria, neste caso, afastada a tipicidade. O agente deve conhecer as circunstancias de fato que circundam o delito, além de ter ciência do caráter delituoso da origem dos bens, valores e direitos. Se houver erro nestes âmbitos de conhecimento devido, aplica-se a teoria limitada da culpabilidade para identificar os elementos a serem trabalhados na teoria do delito finalista, e assim, fixar se haverá o erro de tipo ou erro de proibição.

Interessante é o caso do erro recair sobre a consciência de uma elementar típica. Se o erro recair sobre elementar típica, sendo o objeto do erro decorrente da consciência da antijuridicidade, será erro de proibição. É o caso do agente conhecer o fato antecedente, mas acreditar que é lícito, ocorrendo o erro de subsunção, pois o erro recai sobre elemento típico, que é a "infração penal". Haverá o erro de proibição também se não recair equívoco na consciência do agente sobre elementar típica¹⁴. Roxin afirma que nem sempre constitui erro de tipo ou erro de proibição, como uma "receita de bolo", devendo observar "as circunstancias determinantes do injusto e a antijuridicidade da ação"¹⁵. Welzel¹⁶ ensina que os elementos do dever jurídico, mesmo constantes do tipo penal, são de ilicitude, e qualquer erro sobre eles deve ser tratado como erro de proibição.

Se ocorrer erro ou desconhecimento da infração penal antecedente que deu origem ao capital e bens ilegais, não haverá crime, faltando dolo. Se o erro for evitável, não haverá crime, pois não há o delito de branqueamento de capitais na vertente culposa. ¹⁷ O

¹⁴ BITENCOURT, **Tratado de direito penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.p.514.

¹⁵ ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal.** Buenos Aires: Depalma. 1979. p. 217.

¹⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yánez Pérez. Santiago: Ed. Jurídica do Chile. 1970. p.234.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos

agente deve ter a consciência plena de que o capital e os bens que faz a inserção no âmbito do mercado econômico financeiro decorre originariamente de uma infração penal antecedente¹⁸.

3 Consciência da antijuridicidade no crime de lavagem de dinheiro e a análise da relação dogmática com o bem jurídico

Considerando que o crime de lavagem de capitais é realizado com a execução de três fases, *placement, layering e integration*, quando ao final, terá o agente inserido no sistema financeiro e econômico valores e bens obtidos de outra conduta anterior reputada criminosa. A análise quanto à consciência de antijuridicidade em cada fase, e ao final com o resultado destas fases, torna-se necessária para formação do delito e para verificar a ocorrência da lesão a bem jurídico.

A consciência da antijuridicidade é elemento da culpabilidade que permite a análise da reprovabilidade da conduta, possibilitando a realização de uma valorização em relação ao agente daquilo que é contrário ao ordenamento jurídico. A consciência da antijuridicidade representa a estrutura da reprovação do juízo de culpabilidade. A culpabilidade é um juízo de censura realizada sobre o agente em relação ao injusto penal. No Finalismo, a consciência da antijuridicidade passou a ser potencial, não sendo mais atual. O que significa que, basta o agente ter condições de auferir a antijuridicidade. Não é necessário que esteja a consciência da antijuridicidade presente, bastando sua potencialidade.

A consciência da antijuridicidade revela a percepção do agente

Tribunais, 2016. p. 140.

¹⁸ CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 164.

em relação ao desvalor da ação, não tendo relação com a conduta contrária à lei. Wessels ensina esta diferença ao direcionar entendimento de que o objeto da consciência do indivíduo está na compreensão do agente em relação à conduta juridicamente proibida e não quanto ao conhecimento da norma penal ou da punibilidade 19. No mesmo sentido, Mezger 20 revela a consciência da antijuridicidade como valoração paralela na esfera do profano, dando sentido material ao elemento normativo, contudo como elemento do dolo. Sem importar com a localização da consciência da antijuridicidade, mas com a essência material de sua colocação, o sentido da valoração paralela na esfera do profano coloca a consciência da antijuridicidade distante da exigência do conhecimento da lei pelo agente, mas enquanto valoração pelo agente daquilo que é ilícito em seu ambiente cultural e social.

A consciência da antijuridicidade está na mente do agente permitindo a verificação da reprovação da conduta típica e antijurídica. Por outro lado, a ausência da consciência da antijuridicidade na mente do agente em relação ao injusto, leva à identificação do erro de proibição e suas consequências quanto à ausência de responsabilidade penal.

A consideração da ilicitude do agente em relação às fases do crime de lavagem de capitais ou do resultado da sua conduta deve ser comprovada, pelo menos na sua potencialidade, além da verificação da lesão a bem jurídico. Nesse sentido, o agente deve, ao realizar o placement, layering, integration, de que há um significado ilícito neste comportamento e no resultado deste comportamento. É preciso que o

¹⁹ WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976.p.90

²⁰ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935. t.2. p.122.

agente tenha percepção dos signos de proibição da sua conduta, que tenha sabedoria o bastante para identificar rastros de proibição em seu comportamento, que perceba desvalor da ação em relação aos três momentos da formação do delito de branqueamento de capitais, formando, assim, a configuração do significado ilícito da conduta. Caso contrário, não haverá reprovação do injusto.

Com a formação de um significado daquilo que é ilícito, na mente do agente, percebe-se que a consciência da antijuridicidade representa um conhecimento do agente sobre a antissocialidade da ação, qual seja, a realização do *placement, layering e integration* e o resultado prático da realização global destes comportamentos. Somente havendo conhecimento da antissocialidade da ação, haverá consciência da antijuridicidade. É preciso perceber com nitidez que a reprovabilidade na culpabilidade passa pela compreensão da conduta juridicamente proibida; da verificação da mente do agente em relação à antissocialidade do comportamento empregado por ele na realização das fases do delito de lavagem de capitais.

Aquele que vive em sociedade deve observar um código transparente de comunicação entre os integrantes do corpo social que envolve o que é correto, o que é ético, o que é ilícito, sem importar o que consta na lei, mas aquilo que tenha significado do que seja certo ou errado, do que tenha antissocialidade. A sociedade se desenvolve e cria signos. O bem jurídico, nesse sentido, pode ser um signo de valoração de algo pela sociedade, que passa a ser protegido pelo ordenamento jurídico. Em que pese a localização dogmática distante entre o bem jurídico e os aspectos subjetivos do delito, há relação prática quanto a exigência de consciência de lesão de signos no crime de lavagem de dinheiro.

Conclusão

Nesse sentido, o agente do branqueamento de capitais deve ter noção da reprovabilidade de sua conduta ao realizar as fases *placement, layering e integration* e a ideia de que pode lesar bem jurídico, caso contrário, não seria possível a configuração do injusto reprovável por ausência de consciência de antijuridicidade, para além da ausência de lesão a bem jurídico, pois o bem jurídico está na matéria do tipo enquanto objeto de proteção.

Brandão²¹ ensina que "Os conceitos penais de bem jurídico e relevância do dano são compreendidos através da comunicação. O consenso do grupo sobre esses conceitos penais faz com que eles sejam aceitos como verdadeiros, pois o consenso é um dos critérios de verdade." Considerando que uma das funções do Direito penal no Estado Democrático de Direito é proteger os mais importantes valores da sociedade, deve ser levado em conta a análise da consciência da antijuridicidade no âmbito do delito de lavagem de dinheiro e a consideração da lesão de bem jurídico, pois a consciência da antijuridicidade deve estar presente no delito, assim como o bem jurídico lesado, matéria do tipo enquanto objeto de proteção. Assim, o agente deve ter a consciência plena de que o capital e os bens que realiza a inserção no âmbito do mercado econômico financeiro decorrem originariamente de uma infração penal antecedente.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3ª ed. São Paulo: Editora

²¹ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

Revista dos Tribunais, 2016.

BITENCOURT, **Tratado de direito penal.** 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Thomson Reuters Arazandi, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal:** libro de estudio parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina. 1958.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935.

MOMMSEN, Teodoro. **El derecho penal romano**. Traducción de P. Dorado. Madri: España Moderna, 1989.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. 214f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal. Buenos Aires: Depalma. 1979.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte geral. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1956.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**: parte general. 11. Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976.