

**9 LAVAGEM DE DINHEIRO NO MERCADO IMOBILIÁRIO: A
IMPRESINDIBILIDADE DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO EM OPERAÇÕES
DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS**

**9 MONEY LAUNDERING IN THE REAL ESTATE MARKET: THE ESSENTIAL
DUTY OF CARE IN THE PURCHASE AND SALE OF REAL ESTATE IS
ESSENTIAL**

Ana Beatriz Gomes¹

Recebido em:	30/04/2021
Aprovado em:	13/06/2021

RESUMO: O presente trabalho possui o escopo de analisar a responsabilidade penal do cidadão que, ao buscar vender imóvel, não observa todos os deveres de cuidado da operação e contribui para a ocorrência da lavagem de dinheiro. Será analisado um caso hipotético à luz dos requisitos da imputação objetiva, sendo traçados os seus contornos basilares, além da responsabilidade subjetiva e, ao final, sendo constatada a existência de crime, sendo caso de incriminação, haverá o enquadramento do sujeito ativo do caso hipotético em uma das modalidades de responsabilização: autor, coautor, partícipe ou mero instrumento impunível. No caso, há que se falar em cometimento do crime de lavagem na modalidade participação, o que se será mais bem explicado no corpo do artigo. O posicionamento foi firmado tendo como base um estudo doutrinário sério, com obras que são referência os principais aspectos da lavagem de capitais. O tema de lavagem de dinheiro deve ser sempre estudado de forma a entregar ao público jurídico desenvolvimentos pontuais e inovações. Ele é bastante relevante, eis que trata de matéria atinente à dogmática penal e que, conseqüentemente, possui repercussões práticas comuns.

157

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de Dinheiro. Imputação Objetiva. Imputação Subjetiva. Autoria. Coautoria. Participação. Instrumento Impunível.

ABSTRACT: The present work has the scope of analyzing the criminal responsibility of the citizen who, when seeking to sell property, does not observe all the duties of taking care of the operation and contributes to the occurrence of money laundering. A hypothetical case will be analyzed in the light of the requirements of the objective imputation, its baseline contours being traced, in addition to subjective responsibility and, at the end, the existence of a crime being verified, in case of incrimination, there will be the framing of the active subject of the

¹ Advogada Criminalista; Mestranda em Direito Penal pela UFMG; anabeatriz20@yahoo.com.br; currículo lattes: lattes.cnpq.br/9370693250402930.

hypothetical case. in one of the modalities of accountability: author, co-author, participant or mere unpunished instrument. In this case, it is necessary to speak about committing the crime of laundering in the participation modality, which will be better explained in the body of the article. The positioning was established based on a serious doctrinal study, with works that reference the main aspects of money laundering. The issue of money laundering must always be studied in order to deliver specific developments and innovations to the legal public. It is quite relevant, since it deals with matters pertaining to criminal dogmatics and, consequently, has common practical repercussions.

KEY WORDS: Money Laundry. Objective Imputation. Subjective Imputation. Authorship. Co-authorship. Participation. Unpunished Instrument.

1 APRESENTAÇÃO

O presente trabalho possui o escopo de analisar um caso que trata da compra e venda de imóvel por particulares. Como sabido, o mercado imobiliário é setor de risco e até mesmo a lei de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/1998), reconhecendo as particularidades desse mercado, impôs a pessoas físicas e jurídicas atuantes, maiores obrigações e cuidados na compra e venda.

São várias as recomendações que devem ser seguidas de forma que o descumprimento pode ensejar responsabilidade administrativa e até criminal dos atores envolvidos. Todavia, no estudo em tela, não será avaliado dever de comunicar atos suspeitos aos órgãos de controle para que sejam investigados.

O objetivo é analisar se existe responsabilidade criminal pelo vendedor do imóvel que, desconfiando do caráter suspeito da operação, ainda assim a realiza. Para tanto, inicialmente serão avaliados critérios de imputação objetiva, subjetiva. Ao final, sendo o caso de violação da norma, estabelecer em qual categoria do concurso de pessoas melhor se enquadra.

2 CASO PROPOSTO

Homer Simpson anuncia sua residência à venda. O anúncio permanece por vários meses sem que apareça um comprador. Certo dia, um desconhecido entra em contato com Homer interessado em comprar o imóvel.

O proponente oferece pagar uma parte do pagamento “por fora”. O dono do imóvel desconfia desse tipo de transação, que, de fato ocorre, mas aceita a proposta com a única intenção de conduzir o negócio.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LAVAGEM DE DINHEIRO

Antes de adentrar no estudo sobre o tema proposto, importante se faz trazer à tona conceitos fornecidos pela doutrina sobre o crime de lavagem de dinheiro. No Brasil, o crime previsto na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, é denominado pela doutrina de “Lavagem de dinheiro” ou “Lavagem de capitais.” BOTTINI define:

Lavagem de dinheiro é ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravençional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com a aparência de licitude. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 29).

BARROS, por sua vez, conceitua lavagem “(...) como a ação, ou mais de uma ação, praticada com a finalidade de dar aparência lícita a capitais ou ativos (bens, direitos ou valores) provenientes de ilícito penal (infração penal antecedente).” (BARROS, 2017, p. 33). FILIPPETTO entende que “a ideia central do crime de lavagem de dinheiro é a transformação de algo que teve na sua origem a mácula do ilícito para algo amparado pela licitude.” (FILIPPETTO, 2011, p. 97).

159

Entende-se que pratica ou colabora com a lavagem de capitais, quem deseja, ou assume o risco, de mascarar sua origem ilícita para que, por consequência, seja reintegrado ao sistema econômico financeiro como se lícito fosse. (GOMES; VIEGAS, 2018, p. 386). Para que seja possível utilizar determinada quantia espúria sem que levante suspeitas, os detentores de ativos ilegais buscam em alguns setores e junto de outras pessoas auxílio ou mesmo dividem com elas as tarefas essenciais do crime.

Nessa perspectiva, cabe aos órgãos investigativos e jurisdicionais delimitar a responsabilidade de cada um que, de alguma forma, concorre para prática do crime. Não se trata de caso meramente ilustrativo e de interesse acadêmico. É possível e, até mesmo, corriqueiro a ocorrência da situação descrita no setor de compra e venda de imóveis.

Para chegar à correta solução do caso, ou seja, definir se o vendedor é autor, coautor, partícipe, mero instrumento não culpável é preciso percorrer critérios para a imputação do delito, são eles: análise dos requisitos da imputação no âmbito objetivo e verificação dos critérios de imputação subjetiva.

4 IMPUTAÇÃO DE UM DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO ÂMBITO DA TIPICIDADE

4 1. Imputação objetiva – critérios

Partindo do pressuposto que houve ação voluntária por parte dos personagens do caso, iniciemos a verificação pela ótica da imputação objetiva.

4.1.1. Criação de um risco

Ao iniciar a avaliação do tema, BOTTINI aponta que o primeiro critério para a que haja imputação objetiva é a criação de um risco que é verificável quando um determinado comportamento tem potencial de colocar em perigo ou lesionar determinado bem jurídico. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 177). Entretanto, a única e exclusiva criação de um risco a um bem jurídico não reflete responsabilidade penal, por si só. Os riscos estão presentes no cotidiano e, na lógica do desenvolvimento capitalista, tende a expandir-se. Na concepção de BOTTINI, “há uma ampla gama de interesse econômicos que envolvem riscos.” (BOTTINI, 2010, p. 45).

160

Ao tratar da sociedade de risco e dos perigos a ela inerentes, BECK afirma que “a expansão dos riscos eleva a um novo nível a lógica do desenvolvimento capitalista. Os riscos da modernização são um *big business*. Os riscos da civilização são inacabáveis, infinitos”. (BECK, 1998, p. 29). Ou seja, é preciso que saibamos conviver com eles.

O empresário do ramo de reciclagem, por exemplo, ao comprar metais sucateados está sujeito ao risco de adquirir em meio à carga armas de fogo, carcaça de carro roubado etc., mas, desde que exercendo a função de forma diligente, não pode incorrer no crime de receptação caso transporte, sem querer, algum desses materiais.

Da mesma maneira, no setor imobiliário, dada uma série de fatos como volatilidade dos preços, é ambiente propício para mascarar a origem ilícita de bens, direitos e valores. O risco é alto, embora não signifique que toda compra e venda imobiliária será maculada.

4.1.2. Risco não permitido

Ficando nítido que a mera criação de um risco, por si só, não é suficiente para imputar crime a alguém, passa-se a avaliação da conduta sob a perspectiva do risco não permitido. O comportamento está fora da permissibilidade nos casos em que o agente desrespeita normas de cuidado vigentes e, por consequência, o risco passa a ser não permitido.

Nesse sentido BOTTINI apresentou sua concepção de normas de cuidado que devem ser seguidas de forma que seu descumprimento atrairia a ideia do risco não permitido. Segundo o autor, estão previstas em (i) normas ou atos normativos expedidos pelos Poder Público (institucionalizados), (ii) extraídas do conjunto de regras técnicas ou costumeiras que rege determinadas atividades profissionais ou, (iii) do dever normal de cautela sob o prisma da experiência geral de vida. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 178).

Para tornar o estudo mais simples, vejamos o que é dito sobre cada um desses grupos de deveres.

a) Normas ou atos normativos institucionalizados e regras técnicas

Para toda atividade, em especial aquelas que envolvem riscos, existem atos regulamentares escritos que visam direcionar, ensinar e facilitar o trabalho de quem necessita. Por exemplo, para motoristas existe o Código de Trânsito que impõe deveres de maneira que, sendo-os ignorados e havendo resultado lesivo, incidirá o descumpridor nas sanções previstas.

161

Da mesma forma, no setor bancário estão presentes uma série de direcionamentos escritos aos quais cabe o operador financeiro seguir para levar a cabo uma transação internacional, por exemplo. Caso sejam descumpridas e a operação financeira que remete ativos para o exterior é realizada sem o devido registro, pode incidir o bancário em punições administrativas ou até mesmo criminais, como evasão de divisas ou lavagem de capitais, a depender das circunstâncias.

As normas técnicas devem ser conhecidas e utilizadas no exercício da profissão, de forma que, segundo BOTTINI, “o agente que atua dentro das regras fixadas e do risco permitido, mesmo que tenha contribuído causalmente para a prática do crime, não pode ter responsabilidade penal imputada sob o prisma da tipicidade objetiva.” (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 178/179).

No caso do operador de operações cambiais, se ele cumprir as exigências expedidas pelo Banco Central, pela Comissão de Valores Mobiliários e outras mais que forem necessárias, registrando corretamente a operação, não pode ser responsabilizado caso o ato seja um dos vários utilizados pelo cliente para lavagem de dinheiro.

b) Dever normal de cautela – previsibilidade e suportabilidade

Não obstante a necessidade de todo profissional, sobretudo os que exercem sua função em setores tidos como de risco,² cumprir regras técnicas escritas no curso das funções, é nítido nem todos os comportamentos possíveis e necessários não estão escritos, o que não desonera o profissional de ser diligente e se manter dentro dos padrões de cuidado. A esse respeito, pontou TAVARES:

Nem sempre, aliás, é mais grave o delito, porque o agente infringiu regras técnicas, ou porque desenvolveu um movimento ou ficou parado. O que vale não é isto, mas a lesão ao dever de agir cuidadosamente, mas quando o agente tenha realizado uma atividade perigosas, em face dos limites do risco autorizado de tal forma que a lesão do bem jurídico lhe possa ser imputada. (TAVARES, 2016, p. 293).

Possui o mesmo entendimento BOTTINI:

Mas a criação do risco não permitido pode também ocorrer em hipóteses nas quais o agente observa normas de cuidado institucionais e profissionais, mas viola o dever normal de cautela sob o prisma da experiência geral de vida. Isso ocorre quando ele observa as normas, atos normativos e regras profissionais, mas, ainda assim, o resultado era previsível e o cuidado suportável diante do contexto concreto. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 179).

162

Dessa forma, não obstante exista na Lei uma série de direcionamentos a serem seguidos neste setor, isso não é tudo.³ É preciso que o indivíduo avalie a situação e pratique seus atos à luz dos dogmas que já possui, advindos da educação que recebeu, do aprendizado e conhecimento humano e social. Segundo BOTTINI, cabe ao autor avaliar a *previsibilidade* (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 179)⁴ e *suportabilidade* (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 181).⁵ do dever de cautela. A partir dessas impressões, vigora o dever de cuidado ou abstenção de praticar o ato. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 179).

Voltando ao exemplo do empresário do ramo de sucata que possui como função primordial e corriqueira comprar centenas de toneladas de ferro de velho para reciclagem. Pois bem, caso surja no mercado um novo vendedor de fios condutores de energia elétrica

² Vide Capítulo V da Lei 9.613/1998 – Das pessoas sujeitas aos mecanismos de controle.

³ Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis.

⁴ Segundo esta doutrina, “é constatada por uma prognose objetivo posterior, na qual se levam em consideração o contexto do comportamento e os conhecimentos especiais do autor.”

⁵ Segundo traz, “É necessária ainda a suportabilidade de cautela que existirá quando o cuidado não implicar a paralisação ou obstrução significativa da atividade permitida”

feitos de cobre, que oferece à venda poucos quilos do material e, ainda, muito abaixo do preço de mercado. Com base na experiência profissional e nas circunstâncias, é previsível que aquele material possa ter sido furtado de postes, de forma que, caso compre, extrapolaria os níveis de permissibilidade dos riscos inerentes a profissão.

Não há na lei e nem nas regras direcionadas a recicladores que proíbam o empresário de comprar pouca quantidade desse material e de vendedor desconhecido. Mas com base no dever geral de cautela, diante da situação, prospera-se uma obrigação de cuidado e desconfiança maior que, caso seja ignorada, pode ensejar a criação de um risco não permitido.

4.1.3. O risco se desdobra no resultado

Vencida esta hipótese, passa-se para a próxima fase de atribuição da imputação objetiva. Não basta a criação do risco não permitido, é preciso verificar se o risco criado contribuiu causalmente para o resultado materialmente lesivo. Segundo GALVÃO, “Isso significa que, se o resultado não for produzido pela situação de risco criada ou incrementada pelo sujeito, não se aperfeiçoa a imputação objetiva, ainda que se verifique uma conexão material.” (GALVÃO, 2019, p. 395).

163

Para ilustrar, o autor traz o exemplo do contador que colabora com a criação de uma empresa *offshore*, sabendo que será usada para lavagem de dinheiro, mas somente será participe do crime, caso a estrutura seja efetivamente usada para a prática do crime. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 184/185).

4.1.4. O resultado está dentro do âmbito de abrangência da norma

Finalizando os aspectos constituintes da imputação objetiva é preciso avaliar, no caso, se a conduta está enquadrada no âmbito de proteção da norma de lavagem de dinheiro. A esse respeito explicou BOTTINI:

As normas de cuidado têm um objetivo, uma finalidade de proteger bens jurídicos de determinadas lesões. Esse conjunto de resultados que a norma de cuidado procura evitar é uma espécie de guarda-chuva, fora do qual as lesões eventualmente causadas não têm relevância típica. (...) para a configuração objetiva da autoria/participação na lavagem de dinheiro, é necessário que o intérprete observe a norma de cuidado violada, e averigue se a ocultação ou dissimulação está no âmbito de abrangência daquela. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 185).

4.4.5. Imputação objetiva do caso narrado

Com base no breve caso, é possível constatar que se trata do chamado “homem médio”, (CERQUEIRA, 2020)⁶ que não exerce função corriqueira no mercado imobiliário, não é dotado de conhecimentos técnicos sobre transações financeiras, interbancárias ou declarações de compra e venda de imóveis. Homer Simpson é profissional assalariado, casado e com 3 filhos pequenos.

Para uma pessoa comum que decide vender seu imóvel, não lhe é exigido que tenha conhecimentos específicos deste mercado, algo que poderia ser esperado, por exemplo, de um corretor de imóveis. Embora normas ou atos normativos expedidos pelos Poder Público sejam direcionados a toda sociedade irrestritamente, diante do acervo, também não é esperado que todos saibam ou devam saber disposições com suas particularidades.

No entanto, há um dever normal de cautela, um padrão comportamental socialmente imposto que exige de todos dever de prudência ao praticar qualquer ato da vida civil, por mais trivial que venha a ser. Esse dever não decorre de conhecimentos técnicos, legais e institucionais, senão da educação básica. Cabe ao particular, diante das circunstâncias que vivencia, avaliar se determinada conduta é reprovável e pode violar a ordem jurídica.

164

Embora uma compra e venda de imóveis tenha uma série de particularidades, aceitar uma proposta que envolva repasse de valores declarados em conjunto com repasse “por baixo dos panos” não é comportamento sensato, comedido e socialmente aceito. É perfeitamente vislumbrável que este vendedor, ao aceitar a proposta, estaria criando um risco exacerbado e praticando uma conduta perigosa para o ordenamento jurídico. Não há a menor hipótese dessa conduta ser um *comportamento neutro*.

Todavia, apenas a concretização da compra e venda tida como suspeita não é suficiente para imputar crime a alguém, são necessários uma série de outros fatores a serem comprovados. Mas no caso e por hora, é possível avaliar que, do ponto de vista da imputação objetiva, houve a prática de uma conduta arriscada, fora dos limites permitidos e essa conduta arriscada concretizou uma operação. A partir de então, há elementos que possibilitem uma

⁶ Para essa doutrina “O “homem médio”, ficção jurídica, representa, portanto, critério para avaliar a exigibilidade de conduta diversa e possui adesão em boa parte da doutrina que, aliás, parte do princípio de que o “homem médio” deve ser colocado na posição do autor, imaginando-o com todos os seus conhecimentos e condições pessoais.”

avaliação da possível conduta de lavagem de dinheiro, agora da perspectiva da imputação subjetiva.

4.2. Imputação subjetiva

Percorridos os aspectos que constituem a imputação objetiva e concluído pela possibilidade de imputação da norma penal ao agente, ainda que preliminar e só objetivamente, já podemos avançar para a análise os pontos essenciais para que seja possível avaliar a responsabilidade subjetiva do vendedor do imóvel. Será verificada a possibilidade de ocorrência de conduta criminosa a título de dolo direto, dolo eventual ou mesmo pela ausência de elemento volitivo.

4.2.1. Dolo

Primeiramente cabe uma avaliação do elemento cognitivo dolo. Como a Lei Penal não esboçou um conceito de dolo, com base no art. 18, I, do Código Penal, a doutrina decidiu o elaborar.

165

Para GALVÃO, o dolo direto “é expresso na fórmula legal *querer o resultado*. A caracterização do dolo direto se faz mediante a vontade livre e consciente que se dirige diretamente para a realização da conduta descrita no tipo objetivo.” (GALVÃO, 2020, p. 283). E unicamente nessa perspectiva, de dolo direto, que BOTTINI entende ser possível a imputação pelo crime de lavagem de dinheiro. Segundo o autor, na ceira do dolo direto, ainda “há um elemento subjetivo que permeia todas as etapas do crime em tela: a vontade de lavar o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de ilicitude.” (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 29).

Aqui, com base no ponto de vista do autor, é preciso que o indivíduo tenha vontade de praticar cada um dos elementos típicos da lavagem de capitais, em outras palavras, saiba e tenha vontade de ocultar valores provenientes de infração penal e, ainda tenha interesse que ele seja reincorporado na economia com aparência legítima.

4.2.2. Dolo eventual

Da mesma forma, a Lei penal não definiu com nitidez o conceito de dolo eventual. Para GALVÃO, demanda uma construção doutrinária a partir da expressão na fórmula legal

de *assumir o risco de produzir o resultado*. Para o autor, “o dolo eventual não possui como conteúdo uma intencionalidade como direcionamento preciso ou determinado no sentido da realização da conduta descrita no tipo penal.” (GALVÃO, 2020, p. 283). Dessa forma, a vontade não seria diretamente de praticar todos os atos da lavagem, mas conhecimento e vontade de assumir riscos.

Neste cenário, seria punível do ponto de vista subjetivo o sujeito que, mesmo não querendo contribuir com atos de mascaramento, possui alta dúvida ou quase certeza, de que os ativos que ajudará a movimentar sejam provenientes de infração penal e essa movimentação acarretará o mascaramento dos valores.

Para BOTTINI, não pode ser aceita a imputação a título de dolo eventual. Avalia que, embora a Exposição de Motivos da Lei de Lavagem (EM, 692/MJ/1996) o admita expressamente, a EM não tem caráter de interpretação autêntica ou vinculante e a aceitação do dolo eventual impõe uma carga custosa as atividades econômicas e financeiras, pois sempre é possível duvidar da procedência de valores. (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 133/134).

166

Com base neste ponto de vista, mesmo que o sujeito tenha condições e esteja diante de situação suspeita, não haveria que se falar em imputação subjetiva pela presença unicamente da desconfiança e não de completa certeza.

4.2.3. Conduta objetiva que subjaz os atos de lavagem

É condição indispensável para a caracterização de um fato típico a presença do elemento subjetivo. No caso da lavagem de capitais, o dolo direito ou dolo eventual são imprescindíveis dada a ausência descrição típica culposa. No entanto, a averiguação deste elemento é quase impossível na prática. Saber a real vontade do sujeito durante uma compra e venda, algo muitas vezes corriqueiro, seria avaliação complexa em demasia para o julgador do caso.

Nesse sentido, há na doutrina proposta que afasta a necessidade constatar a vontade interna do sujeito, ou seja, o que ele visava mentalmente, quando praticou determinada conduta e classificar o elemento subjetivo com base em atos objetivos. No entendimento de OLIVEIRA, o que determina a existência da lavagem não é a intenção do autor, mas sim o comportamento que objetivamente subjaz às condutas de lavagem que é a dissimulação ou

ardil, produzindo, ou colaborando, com uma sequência de transações aptas a dissimularem a origem ilícita. (OLIVEIRA, 2019, p. 70).

Nesse sentido, imagine o exemplo de um doleiro que recebe dinheiro sabidamente ilícito e o encaminha por meio de uma operação dólar-cabo para o exterior. Não há dúvida que o comportamento doloso de envio de dinheiro espúrio para conta clandestina no exterior é crime de lavagem dinheiro doloso. Aqui, todos os elementos são presentes e ocultação da origem de valores ocorreu mesmo que a real intenção do doleiro tenha sido tão somente receber uma comissão pelos “serviços” prestados.

Ao tratar do tema, OLIVEIRA faz preciosos apontamentos. Senão, vejamos:

Excluído o elemento subjetivo especial (de ocultar a origem ou especial intenção de reintegrar os valores à economia) para a delimitação do da lavagem, o verbo “ocultar” terá substancialmente diminuído seu âmbito de aplicação, é verdade, mas assim se restringirá ao seu real sentido, que é de preparação ou favorecimento ao delito de lavagem de terceiros e de uma etapa de menor lesividade na realização desse crime, acessória à realização do núcleo do tipo. (...) Por “sentido” de lavagem entendemos o contexto da realização da ação, que não depende apenas da vontade subjetiva do agente. O processo implica manobras fraudulentas com capital de origem ilícita ou a transformação das suas características, a alternância de titularidades, atos de disposição dos bens que sejam de algum modo irracionais para a transformação financeira ou para a condução normal de um negócio, que representem um desvio da atividade lícita de um profissional, ou transações que sejam desde o início conduzidas por meios ilegais ou fraudulentos. (OLIVEIRA, 2019, p. 70/71).

167

Assim, no contexto fático é plenamente possível avaliar o elemento subjetivo dolo/dolo eventual ou culpa sem precisar imergir na mente do autor e buscar conhecer seu pensamento. No âmbito do processo penal tentar descobrir e comprovar o pensamento do cidadão pode conduzir a impunidade dada a impossibilidade fática de conseguir.

4.2.4. Imputação subjetiva do caso narrado

Foi apontado no caso que o dono do imóvel queria tão somente concretizar a venda. Era um imóvel parado no mercado há bastante tempo e sua manutenção apenas gerava custos, como condomínio e IPTU. Mas partir da análise do caso, vale apontar que o vendedor percebeu que aquela proposta era suspeita.

Ele estava diante de um estranho, que aceitou a pagar o valor proposto, mas contanto que fosse feito o pagamento de forma não convencional, sem nenhuma razão aparente para isso. Mesmo que o vendedor não tivesse a ideia de violar o bem jurídico *administração da justiça* assumiu o risco que tinha em sua frente e prosseguiu na operação.

Neste caso, há duas situações relevantes: a presença de elementos que comprovem o dolo eventual dada a informação que desconfiou desse tipo de transação e, além de tudo, a conduta objetivamente praticada pode ser vislumbrada como atos de lavagem. Se tratando de lavagem de dinheiro, crime exclusivamente doloso, o sujeito estava diante de fato que percebeu ilegal, tanto que desconfiou da transação. Até porque, se fosse algo legítimo não haveria razão para fazer o pagamento “por fora”.

Partindo da presunção de presença dos demais elementos da lavagem, como a origem ilícita do capital e, finalmente, a ausência de causas de exclusão da ilicitude ou tipicidade, estando verificada a possibilidade de imputação objetiva e subjetiva, incide o vendedor no crime de lavagem de capitais (art. 1º, da Lei nº 9.613/1998).

5. FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE A TÍTULO DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO

Não basta, todavia, o reconhecimento de incidência do vendedor no crime. É preciso fixar o seu âmbito de responsabilidade e inseri-lo em uma das seguintes categorias: autoria direta, participação ou mero instrumento impunível do autor mediato. Passemos as premissas conceituais de cada um dos grupos.

168

5.1. Autoria direta

Entente GRECO e LEITE que autor é o agente com domínio dos fatos, com o controle do curso causal seja como executor direto, como autor funcional, nos casos de coautoria ou como autor mediato. (GRECO; LEITE, 2013, p. 67). Seguindo a mesma perspectiva, BATISTA avalia que “é autor direto aquele que tem o domínio do fato (*Tatherrschaft*), na forma do domínio da ação (*Handlungsherrschaft*), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica.” (BATISTA, 2008, p. 77). Para BOTTINI “autor é o titular do delito, aquele sobre o qual recai a responsabilidade principal ou nuclear da prática da ação penal.” (BOTTINI; BADARÓ, 2019, p. 171).

Sendo a figura central do acontecer típico na lavagem de dinheiro, para ser considerado autor é preciso dominar e deter total controle dos desdobramentos e das próximas fases da lavagem. Cabe a ele manter o andamento ou interromper o percurso das fases da lavagem de dinheiro.

Tomemos como exemplo o consultor que elabora, a pedido do seu cliente, todo o esquema necessário de lavagem de dinheiro por meio de empresa *offshore*. Neste caso, embora tenha contribuído consideravelmente para a prática do crime, não pode ser punido a título de autor, eis que o detentor do domínio sobre os fatos delitivos é seu cliente, que pode, ou não, utilizar a *offshore* para ocultar ativos espúrios.

5.2. Participação

Por sua vez, BATISTA classifica o partícipe como sendo “aquele que colabora ou auxilia na prática criminosa sem a titularidade do delito, sem executar diretamente qualquer conduta descrita no tipo penal, sem domínio dos fatos ou da organização delitiva.” (BOTTINI, BADARÓ, 2019, p. 174). A participação pode ser exercida de mais de um modo, de qualquer outra forma que não seja executar diretamente o crime.

Segundo BATISTA “Essa colaboração se manifesta no direito brasileiro (como na maior parte dos sistemas legislativos) por duas formas fundamentais: a instigação e a cumplicidade (que o legislador quis chamar de auxílio).” (BATISTA, 2008, p. 157). Pois bem, retomando o exemplo anterior, o consultor que estrutura a empresa *offshore* para lavagem de capitais, auxilia a realização do crime, mas não o executa, o que o torna punível pela participação.

169

5.3. Autoria mediata

Sem tentar ser exaustivo, vale trazer aqui a conceituação da autoria mediata. Para BATISTA “Dá-se autoria mediata quando, na realização de um delito, o autor se vale de um terceiro que atua como instrumento.” (BATISTA, 2008, p. 129). Pode-se dominar um acontecer típico utilizando do terceiro pelo domínio de sua vontade em virtude de coação, pelo domínio de sua vontade em virtude do erro e pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. (BATISTA, 2008, p. 129).

Com o objetivo de se ater ao caso narrado, embora de inegável importância, não serão trazidos os contornos do domínio da vontade pela coação e em virtude dos aparatos organizados de poder. Todavia, entende-se relevante uma avaliação, ainda que sucinta, do domínio da vontade pela condução de um indivíduo ao erro de tipo (ROXIN, 1997, p. 92 e ss.) e ao erro de proibição. (ROXIN, 1997, p. 92 e ss.).

O Código Penal Brasileiro contempla a modalidade de erro de tipo em seu art. 20, *caput*.⁷ Aqui, o autor induz a pessoa ao erro a respeito de elementos constitutivos do tipo penal. Lembra BATISTA que este é o famoso exemplo da enfermeira A, à qual o médico B prescreve que ministre ao doente certo remédio, que sabe B terá efeito letal. No exemplo, a enfermeira não possui vontade de “matar” alguém e apenas praticou o ato lesivo induzida ao erro. Assim, não há dolo e, conseqüentemente, não há fato típico.

A outra modalidade de erro é conhecida por erro de proibição e está prevista no art. 21 do CP.⁸ Causa de exclusão da culpabilidade, dada a ausência de potencial consciência sobre a ilicitude do fato, o erro de proibição versa sobre a intenção do agente em praticar um fato típico mas acreditando que, naquelas circunstâncias, sua conduta seria justificada.

5.4. Modalidade que incorreu o vendedor do caso narrado

Inicialmente, foi reforçado ao longo do trabalho que o vendedor era um “homem médio”, que precisava vender seu imóvel e tinha completa ciência de toda a operação, que inclusive decidiu extrapolar os limites de prudência para conseguir levá-la à cabo. Em momento algum o vendedor foi colocado em situação de erro ou errou sobre circunstâncias fáticas. Ele tinha ciência de que estaria praticando ato no mínimo estranho, eis que desconfiou das intenções do comprador. Não havia possibilidade de ser, assim como não foi, mero instrumento. Houve conduta e vontade por sua parte.

170

Retomando os conceitos básicos, para ser reputado como *autor* deveria ter domínio sobre o acontecer típico, no caso, dominar os atos de ocultação do dinheiro ilícito. Conforme o caso, não havia razão e nem interesse do vendedor em ocultar dinheiro decorrente do crime. Todavia, não cabia a ele decidir pelo desdobramento que viria. Sua contribuição se deu exclusivamente no fechamento do contrato.

Apesar de não controlar a realização do núcleo do tipo, é inegável que praticou conduta acessória. O fato de aceitar receber valor “por fora”, ou seja, registrar compra e venda com valor diverso do que foi realmente concretizado é participação na lavagem de dinheiro.

⁷ Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

⁸ Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho foi iniciado com o breve caso proposto e, em seu decurso, foram apresentadas as conclusões preliminares na medida que se encerrava um tópico importante. Não pretende aqui, nas conclusões, fazer a retomada integral de tudo que já foi esboçado, mas frisar as principais constatações.

No âmbito da imputação objetiva, foi definido que houve a criação de um risco não permitido pelo vendedor do imóvel haja vista ter praticado ato estranho na operação de compra e venda. O fato de ter aceitado valores “por fora” deixa de ser uma conduta dentro dos padrões de risco permitidos e esperados no setor imobiliários. Com base em um dever geral de cautela imposto a todos, caberia ao vendedor se abster de realizar a venda.

No plano da imputação subjetiva foi demonstrado que havia presença de dolo eventual em contribuir para atos de lavagem de dinheiro quando se comprovou que o vendedor desconfiou da transação, mas assumiu o risco dada a vontade de levar o negócio adiante. Embora haja fundamentos contrários quanto a possibilidade de imputar lavagem a título de dolo eventual, assumir o risco de produzir o resultado é conduta dolosa por previsão legal.

171

Não obstante, ainda que não tenha havido a informação de que desconfiou e seguiu adiante, a junção dos elementos objetivos e o contexto fático seriam necessários para subsumir a conduta do vendedor à lavagem de dinheiro dolosa. A consecução da operação da forma que foi, já é elemento de prova importante na esfera da imputação subjetiva.

Finalmente, dada a incidência do vendedor no crime de lavagem de dinheiro, foi possível apurar que praticou atos na modalidade de participe. Exerceu contribuição acessória a ato que sempre presumimos ser lavagem de dinheiro por parte do comprador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais: Crimes, Investigação, Procedimento Penal e Medidas Preventivas**. 5ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2017.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed., São Paulo: RT, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique Badaró. **Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 6.613/1998 com as alterações da Lei 12.863/2012.** 4. ed., São Paulo: RT, 2019.

CERQUEIRA, Mariana. A quem serve o paradigma do ‘homem médio’. **Conjur**, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/marina-cerqueira-quem-serve-paradigma-homem-medio#_ftn7. Acesso em: 22/10/2020.

FILIPPETTO, Rogério. **Lavagem de dinheiro: Crime econômico da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral.** 13. ed., Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

GOMES, Ana Beatriz; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A obrigação de sigilo inerente ao exercício da advocacia ante a defesa do crime de lavagem de dinheiro praticada pelo seu cliente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 107, vol. 995, 2018.

GRECO, Luís; LEITE; Alaor. **O que é e o que não é a teoria sobre o domínio do fato sobre a distinção entre autor e o partícipe no direito penal.** Ed. RT, ano 102, v. 933, julho/2013.

MARTÍNEZ, Milton Cairolí. La inexigibilidad de otra conducta. Una aproximación desde la dogmática. In **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012.** Organizadores: Luís Greco e Antônio Martins, Marcial Pons, 2012.

172

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações.** São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: Parte general.** T. II, 2. ed., Madrid: Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos.** 4 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.