

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MATHEUS BRANDÃO DE AMORIM

LAVAGEM DE DINHEIRO:
uma análise da teoria do bem jurídico e sua crise na modernidade

Recife
2021

MATHEUS BRANDÃO DE AMORIM

LAVAGEM DE DINHEIRO:
uma análise da teoria do bem jurídico e sua crise na modernidade

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instituição Cristã como requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Andrea Walmsley
Carneiro

Recife
2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

A5241 Amorim, Matheus Brandão de.
Lavagem de dinheiro: uma análise da Teoria do Bem Jurídico e sua
crise na modernidade / Matheus Brandão de Amorim. - Recife, 2021.
47 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Andrea Walmsley Carneiro.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Lavagem de dinheiro. 2. Direito penal. 3. Bem jurídico. I.
Carneiro, Andrea Walmsley. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã.
III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2021.1-011)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

MATHEUS BRANDÃO DE AMORIM

LAVAGEM DE DINHEIRO: uma análise da teoria do bem jurídico e sua crise na modernidade.

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Prof. ^a Dr. ^a Andrea Walmsley Soares Carneiro

Examinador(a)

RECIFE

2021

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, cumpre esclarecer que esse trabalho foi realizado diante de uma pandemia gerada pela Sars-CoV-2 (COVID-19), o qual ceifou a vida de mais de 400 mil brasileiros. Desse modo, agradeço a Deus por ter me dado saúde o suficiente para concluir essa monografia e dedico este estudo em homenagem a todos os cidadãos que lutam contra essa mácula biológica.

Agradeço primordialmente à minha orientadora, professora da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Andrea Walmsley Carneiro e ao professor Leonardo Siqueira pelos grandes debates nas salas de aula, sempre suscitando em minha pessoa o estímulo necessário para alcançar os meus sonhos de ser professor e compreender o Processo e o Direito Penal de forma colossal. Também se faz importante agradecer à professora Simone Sá que sempre promoveu grandes apontamentos jurídicos, doutrinários; sua disponibilidade foi de importância singular para a levantamento de bibliografias para esse trabalho.

Agradeço à coordenadora do curso de Direito, professora Renata Celeste, que despertou em mim o desejo de ensinar, além de promover grandes oportunidades de pesquisa durante os cinco anos de graduação.

Também se faz oportuno agradecer aos meus pais, João Getúlio de Amorim e Fátima Brandão, que sempre apoiaram meus sonhos e me encorajaram a nunca desistir diante das dificuldades e obstáculos que a vida oferece.

Diante da minha trajetória acadêmica, sou muito grato a toda a equipe da GCFH Advogados Associados pela contribuição para a minha formação profissional e jurídica. Nesse sentido, agradeço especialmente ao exímio advogado criminalista, vice-presidente da Comissão de Prerrogativas da OAB/PE, Yuri Herculano, que, a todo momento, não só buscou o meu melhor rendimento, mas também me permitiu vivenciar um pouco daquilo que mais almejo: advogar na área criminal.

Ademais, agradeço ao professor Cláudio Brandão, por quem tenho uma especial admiração, e que inspirou em mim a paixão pelo Direito Penal e por toda a filosofia que esta ciência oferece.

Aos amigos de colégio e faculdade, Maria Fernanda Didier e Leonardo Galvão Selva, muito obrigado. Ao meu amigo Leonardo Galvão, agradeço por ter caminhado comigo ao longo deste trabalho, sempre trazendo apontamentos importantes, sem os quais não teria alcançado o nível que essa monografia chegou.

Agradeço à minha namorada, Maria Eduarda da Silva, que sempre permaneceu ao meu lado nos momentos difíceis e me impulsionou a persistir.

Ademais, agradeço a Ana Clara Fernandes por me proporcionar a vivência da docência e impulsionar o desejo latente de transmitir conhecimento através de aulas para pessoas de todo o Brasil que almejam obter êxito no Exame de Ordem. Agradeço ao meu amigo Victor Pontes, além de advogado criminalista, com quem aprendo e partilho o mesmo desejo profissional.

Por fim, mas não menos importante, o meu eterno obrigado à instituição de ensino, Faculdade Damas da Instrução Cristã, pela excelência acadêmica que propõe aos seus alunos, desde a formação do corpo docente até programas de intercâmbio. A partir dela, pude desfrutar e aprofundar meus conhecimentos na seara da ciência penal ao máximo.

*Punir é necessário, punir é civilizatório.
Mas é preciso discutir o que punir, quem
punir e como punir.*

Aury Lopes Jr.

RESUMO

A modernidade, após a Segunda Guerra Mundial, trouxe consigo grandes questionamentos para o Direito e, em especial, para o Direito Penal. Nessa perspectiva, a volatilidade do conceito de bem jurídico na Alemanha nazista fez com que a dogmática penal tivesse uma estrita relação com a política de um país, podendo o Estado assumir uma feição autoritária ou democrática. Diante disso, torna-se imprescindível observar se as normas penais legitimam o Estado a intervir na liberdade de seus cidadãos. Nesse passo, constata-se que o delito de Lavagem de Capitais possui uma pluralidade de bens jurídicos: o crime antecedente, a ordem econômica ou a administração da justiça. Essa multiplicidade faz emergir o objetivo central deste trabalho, que é examinar se a diversidade desses bens jurídicos ofende a Teoria do Bem Jurídico. Assim, apresenta-se o contexto da evolução do bem jurídico na Alemanha, em conjunto com o pensamento de Claus Roxin e Günther Jakobs a respeito da tutela penal e seu reflexo no delito de branqueamento. Sob esta óptica, a Lavagem de Dinheiro pode ser considerada como um tipo penal cujo bem jurídico se dá pela imperatividade da norma, buscando sempre a melhor operacionalidade de uma sociedade. Nesse trabalho fora utilizada a metodologia dedutiva acerca de uma visão bibliográfica.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro. Direito Penal. Bem jurídico.

ABSTRACT

Modernity, after World War II, brought with it great questions for Law and especially for Criminal Law. The volatility of the concept of legal good in Nazi Germany meant that criminal dogma had a strict relationship with the politics of a country, with the State being able to assume an authoritarian or democratic aspect. Therefore, it is essential to observe whether the criminal rules legitimize the State's intervention in the freedom of its citizens. In this step, it appears that the crime of Money Laundering has a plurality of legal assets: that of the antecedent crime, the economic order, or the administration of justice. This multiplicity makes the central objective of this work emerge, which is to examine whether the diversity of these legal goods offends the Theory of the Legal Good. Thus, it is proposed to present the context of the evolution of the legal good in Germany together with the thinking of Claus Roxin and Günther Jakobs regarding criminal protection and its reflection in the offense of money laundering. From this perspective, Money Laundering can be considered as a penal type in which its legal good is due to the imperative of the rule, always seeking the best operability of a society. In this work, the deductive methodology about a bibliographic view was used.

Keywords: Money Laundering. Criminal Law. Legal stuff.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O BEM JURÍDICO, A SOCIEDADE E O DIREITO.	12
2.1. Prevenção geral negativa e sua influência na construção do bem jurídico penal.	13
2.2. A tese desenvolvida por Johan Birnbaum e a estrita necessidade de uma lesão de direitos. 15	
2.3. Karl Binding: Positivismo e Bem Jurídico.....	17
2.4. As consequências do pensamento de Binding e as fontes de suas normas penais.	19
2.5. O bem jurídico sob e o positivismo sociológico de Liszt.	20
2.6. O finalismo.	22
3. A LAVAGEM DE DINHEIRO E SEU ESPAÇO NO MUNDO FENOMENOLÓGICO. 24	
3.1. Esclarecimentos prévios acerca das fases do delito.	26
3.2. Espaço do bem jurídico e sua crise existencial no delito de lavagem de dinheiro.....	27
3.3. O bem jurídico do crime antecedente como objeto lesado pela lavagem de dinheiro.	28
3.4. Administração da Justiça como fundamento da existência do delito de lavagem.	31
3.5. Ordem econômica como bem jurídico.	33
4. A ALEMANHA DE CLAUS ROXIN E GÜNTHER JAKOBS.	36
4.1. Conceito de bem jurídico na visão de Claus Roxin.	37
4.2. O bem jurídico na visão de Günther Jakobs.....	40
5. CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45

1. INTRODUÇÃO

O papel do Direito Penal na modernidade, após a Segunda Guerra Mundial, indica como está funcionando as instituições diante de um Estado Democrático de Direito. Sabe-se que a dogmática penal se caracteriza pela proteção de bens jurídicos e tenta traduzir aquilo que é mais importante para uma sociedade, fazendo com que esse objeto seja amparado pelo ordenamento jurídico. Um exemplo clássico disso é que o Direito Penal tutela a vida desde o momento da sua concepção e isso se dá porque a estrutura da ciência penal funciona como elemento de poder perante o Estado e a fundamentação normativa penal fica estritamente dependente de um juízo de valor, positivo ou negativo, diante dos comportamentos humanos.

Nesse sentido, existindo uma conduta penalmente relevante dentro do ordenamento jurídico brasileiro, amparado pelo Princípio da Legalidade, a descrição de uma conduta típica está estritamente ligada a uma ofensa ou a algum dano a um bem jurídico tutelado pelo Direito. Tendo em vista que a ideia de bem jurídico é subjetiva e volátil, ou seja, varia de acordo com os anseios de uma sociedade diante de certo momento histórico.

Em alguns delitos, determinar com exatidão qual seria o bem jurídico tutelado pela norma não é uma tarefa fácil, visto que os valores entendidos como importantes para uma boa convivência social são facilmente mutáveis e dinâmicos, sendo, portanto, difícil existir um sentido categórico ou unívoco visando conceituar o que seria de fato um bem tutelado pelo Direito Penal.

O contexto fica evidenciado no que se refere ao crime de Lavagem de Dinheiro, tipificado na Lei de Nº 9.613/1998, na medida em que possui uma pluralidade de bens jurídicos diante do mesmo tipo penal. Nesse sentido, os Tribunais brasileiros, em conjunto com a doutrina pátria, defendem a existência de três bens jurídicos no delito de branqueamento: (1) ser o mesmo do crime que antecede a prática de lavagem; (2) a ordem econômica; ou (3) a administração da justiça.

Destarte, aconteceu na Alemanha em que o bem jurídico passou a ser estudado e aprimorado. É uma verdade que retirar os autores da sua época faz com que se careça de sentido no presente. Todavia, isso não acontece ao debruçar sobre o estudo do Bem Jurídico.

Desse modo, faz-se importante observar uma trilha cronológica, uma vez que os autores existentes até o século XIX trouxeram um grande aparato científico sobre a Teoria do Bem Jurídico. Senão, vejamos.

É possível suscitar autores como Feuerbach, que cria a pedra angular do Direito Penal, o princípio da Legalidade; Birnbaum, considerado o “pai” do bem jurídico; Binding, que envolvido pelo positivismo de sua época, utiliza pela primeira vez o termo “bem jurídico”; e Liszt, que traz, em uma perspectiva sociológica, valores que emergem da sociedade. Como se percebe, todos eles contribuíram para balizar o instituto do bem jurídico. Ademais, Güther Jakobs e Claus Roxin, autores da modernidade, trazem importantes apontamentos para a função legitimadora da intervenção penal.

Nessa perspectiva, é importante compreender a aplicabilidade do delito de Branqueamento e seus efeitos no mundo fenomenológico. Partindo da premissa de que toda norma penal tutela algum bem jurídico, nesse momento, emerge o problema de pesquisa deste trabalho: a pluralidade de bens jurídicos diante do crime de Lavagem de Dinheiro ofende a Teoria do Bem Jurídico?

Com efeito, na seara do delito de Lavagem de Dinheiro, a justificativa do estudo dá-se na busca por um possível reconhecimento do objeto tutelado pela norma penal, sendo está uma meta de suma importância. Uma vez encontrada, não ofenderia a teoria do bem jurídico e seria possível examinar o tipo penal em comento, esclarecendo sua natureza e o grau de abrangência que legitimaria a intervenção penal.

Partindo desse pressuposto, a relevância investigativa desse problema parte do entendimento de que a dogmática penal deve ser interpretada em conjunto com o Estado Democrático de Direito, visto que o *ius puniendi* do Estado está delimitado pela noção de bem jurídico. Podendo ainda examinar a legitimidade da intervenção penal a partir da criação de uma conduta típica e que haja um bem jurídico delimitado.

Essa limitação definitiva pelo bem jurídico é um forte indicador da política de determinado Estado. Com isso, um bem jurídico extremamente volátil traz características de um país autoritário. Por outro lado, a precisão desse instituto demonstra a existência de um Estado democrático de Direito.

Diante do princípio da taxatividade, não basta apenas que exista uma lei que comine em uma sanção incriminadora. Tal norma jurídica, em conjunto com o Princípio da Legalidade, necessita ser clara e compreensível, de modo que qualquer pessoa possa ter o real entendimento de que sua ação acarreta uma conduta ilícita e que pode ser punida pelo Estado.

Com isso, diante da complexidade de se delimitar qual a real ofensa em que incide o tipo penal e por onde permeia o real dolo, o sujeito ativo do delito, busca-se demonstrar que a unificação de um bem jurídico comprova uma melhor aplicação no Direito e Processo Penal diante dos Tribunais e dos demais aplicadores do direito.

A hipótese é que a conduta ilícita de ocultar bens e valores aproxima-se mais da consciência e vontade de criar um óbice à Administração da Justiça. Isso se dá porque o processo de mascaramento, uma das fases do delito de lavagem, não lesionaria o crime antecedente, mas dificultaria a operacionalidade do funcionamento da Justiça, uma vez que a utilização de formas complexas para a reinserção dos ativos ilícitos no mercado criaria uma obstrução para os agentes públicos rastrear a empreitada delituosa.

Ademais, do ponto de vista dogmático, tal bem jurídico possibilitaria uma autonomia ao delito de lavagem em relação ao delito antecedente, mesmo havendo uma clarividente conexão entre eles. Assim, independentemente de qual crime precedesse o branqueamento, seria possível a união das penas em concurso material.

A metodologia adotada é exploratória, de cunho dogmático, mediante pesquisa bibliográfica, utilizando o método científico dedutivo, importando ao presente trabalho teorias doutrinárias, artigos, livros e teses que remetam ao tema que resta largamente demonstrado.

Diante disso, no primeiro capítulo, aborda-se a trajetória do desenvolvimento do bem jurídico na Alemanha até o século XIX, visando esclarecer a volatilidade desse conceito, o seu objeto e a sua finalidade diante de cada autor principal para a criação de uma Teoria do Bem Jurídico. Nessa etapa, também serão esclarecidos os efeitos do Finalismo desenvolvido por Welzel.

Já no segundo capítulo, aborda-se o delito de Lavagem de Capitais, bem como as fases do delito e o que cada uma delas significa. Ademais, desenvolve-se como cada bem jurídico pode ser entendido como titular dessa norma penal, explicando sua natureza jurídica e esclarecendo como um único tipo penal pode ter dissonantes bens jurídicos.

Por fim, o terceiro capítulo versa sobre os principais juristas alemães: Claus Roxin e Güther Jakobs e expõe como cada autor defende seu posicionamento acerca da função do direito penal.

2. O BEM JURÍDICO, A SOCIEDADE E O DIREITO.

Cumprе destacar que, em uma sociedade complexa, o Direito possui um pressuposto ímpar para a convivência humana, de modo que a dogmática penal possui um grande peso para o controle social. Porém, como afirma Bechara¹, a relação do direito penal no meio coletivo sempre esteve sob tensão, porque, segundo a autora, a própria sanção penal ofende direitos fundamentais, corolários da Constituição Federal, sendo a penalidade o mais grave cerceamento da liberdade de um indivíduo. Por outro lado, a sistemática penal tem como objetivo a proteção dos bens jurídicos, ou seja, valores que possuem um alto grau de importância para toda uma coletividade, de modo que, a transgressão ora realizada é punida, tendo em vista sempre a seguridade de uma convivência social.

A tese do bem jurídico encontra uma grande influência em países que herdaram o desenvolvimento dogmático referente ao eixo românico-germânico. Com isso, no Brasil, é possível observar um grande impacto no sistema jurídico como um todo, em especial no Direito Penal, prevalecendo a ideia do bem jurídico como proteção de uma norma penal.

Primeiramente, como o presente trabalho consiste em examinar o tipo penal de Lavagem de Capitais e uma possível ofensa ao princípio da legalidade, é preciso encontrar onde e de que modo se deu o nascimento do bem jurídico. Nesse diapasão, Brandão² corrobora com esse pensamento ao afirmar que não existe possibilidade de interpretação do tipo penal sem que haja, concomitantemente, a ideia de bem jurídico. Em outras palavras, a partir da observação de determinada conduta incriminadora, pode-se extrair a matéria prima que o Direito Penal se propõe a proteger.

Assim, a partir do momento que o tipo penal descreve uma conduta, esta está delimitada pela lei. Dessa maneira, o *jus puniendi* se limita à norma incriminadora, sendo o preceito normativo positivado, em um ordenamento jurídico penal, a barreira imposta para o Estado não agir de maneira arbitrária para com seus cidadãos.

Destarte, a função social desempenhada pela *ultima ratio* distingue-se dos outros ramos do direito por utilizar-se da pena, elemento mais importante dentre as demais formas de controle. Pois, segundo Bechara, a justificação do direito penal está intrinsecamente ligada à

¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 31.

² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p.113.

legitimidade da intervenção penal. Com isso, ainda conforme a autora, é de extrema importância que se dêvida os conceitos acerca da finalidade da pena e a função do direito penal³.

Ademais, a finalidade da pena tem como escopo a prevenção de delitos, de modo que há um elemento visando o futuro, que se relaciona com o Direito Penal. Importante destacar que tal afirmação toma a proteção de bens jurídicos como função da dogmática penal. Na outra ponta, existe a função do método penal, que Silva Sánchez⁴ relembra que não se verifica somente quando há uma imposição de determinada pena ou medida de segurança, mas também na ausência do poder de punir (*jus puniendi*).

Nessa óptica, observa-se a estrutura de um pêndulo: de um lado, o Estado Democrático de Direito, e do outro, um Estado Totalitário. Dessa maneira, parece impossível dissociar as estruturas do Direito Penal para com um cenário político, como explica Brandão⁵, ao afirmar que é neste ramo do direito que se pode verificar o formato liberal ou totalitário. Tal dogmática jurídica enseja o uso da maior violência que um Estado pode utilizar: o cerceamento da sua liberdade, e, a partir disso, verificar-se-á o grau de opressão do Estado diante dos cidadãos.

A função do Direito Penal a partir do século XIX, advinda com a herança do pensamento iluminista, passou a conceber que deveria ser objeto de tutela os direitos subjetivos, traduzidos mais tarde como bens jurídicos. Nesse contexto, o conteúdo material do delito não deveria ser procurado em qualquer esfera que não fosse a dogmática penal.

2.1. Prevenção geral negativa e sua influência na construção do bem jurídico penal.

A busca do conceito de bem jurídico e sua respectiva construção dogmática estão na história do direito há cerca de dois séculos. Em sua gênese, não se deu propriamente este nome ao bem jurídico, passando por variações de nomenclaturas, teleologicamente ligadas a uma ideia de valor, seja da norma ou social, foi Feuerbach quem conseguiu traduzir e racionalizar as ideias da época, de modo a possibilitar o que mais tarde traria a construção do bem jurídico.⁶

³ BECHARA, op. cit., p. 70.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. JM Bosch, 1992. p. 187-188

⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 43-44.

⁶ Idem, 2012, p.113.

A fim de melhor compreender o ponto de vista de Feuerbach, é importante pontuar que, para ele, a função do Direito Penal corresponderia à tutela de direitos subjetivos ou externos e tais direitos corresponderiam à união do que se entendia acerca do direito individual. Com efeito, os sujeitos seriam o epicentro da jurisdição penal. Nesse sentido, segundo Feuerbach⁷, qualquer sanção legal dentro de um Estado resultaria em uma consequência jurídica, que se fundaria na exímia necessidade de resguardar os “direitos externos”, como assim era descrita a existência de uma lesão judicial que ofendesse uma lei dentro do sistema penal.

Nesse sentido, o princípio da legalidade garante que deve haver uma forte conexão entre a proteção dos direitos individuais e o delito eventualmente praticado. Com isso, é de comezinha que a prevenção geral negativa tem uma íntima ligação com o princípio da legalidade.

Não obstante, faz-se importante destacar que Feuerbach adota a filosofia kantiana, assim, entende que o homem tem um fim em si mesmo, e não meramente como um objeto para atingir fins vindouros. Em outras palavras, a prevenção geral negativa do referido autor confronta de maneira clara a ideia trazida por Cesare Beccaria, que defende uma modalidade de prevenção geral como forma de coação não pela ameaça da lei, mas por uma efetiva aplicação desta. Com isso, a partir de tal experiência, cessaria qualquer motivação aos delinquentes em potencial.

Nesse diapasão, Beccaria utiliza o homem como meio para atingir determinada prognose, fazendo com que, apesar de premissas diversas, houvesse um ponto comum entre os referidos autores: a prevenção de delitos⁸.

A teoria introduzida por Feuerbach denota que a pena objetiva coagir psicologicamente a sociedade para o não cometimento de delitos. Todavia, para que isso aconteça, a pena deve estar expressamente prevista em lei (*nula poena sine lege*).

Por derradeiro, e por uma consequência lógica, houve, dentro da dogmática penal, a criação do princípio da legalidade, a partir do qual o sistema de tutela penal passa a funcionar. Diante disso, o referido princípio teria o condão de justificar ou, até mesmo, impossibilitar o poder de punir do Estado. Nessa perspectiva, observa-se que a tutela penal e o princípio da legalidade nasceram da mesma tese, ou seja, dentro da teoria da coação psicológica. Essa ideia

⁷ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p.63.

⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. Ed. Tradução de Paulo M. Oliveira, São Paulo. Editora Edipro, 2015.

sugeria que era preciso impedir uma lesão jurídica antecipadamente, de modo que deveria haver, de acordo com Feuerbach, uma coação que se antecipasse à produção do delito e que essa prevenção fosse feita de tal modo que atingisse o psiquismo do sujeito, criando, dentro da sociedade, uma grande ameaça desde que houvesse expressamente na lei.⁹

2.2. A tese desenvolvida por Johan Birnbaum e a estrita necessidade de uma lesão de direitos.

O objeto de Birnbaum consiste em se opor à tese defendida por Feuerbach. O conceito de direito subjetivo passa a ser criticado pelo referido autor, havendo uma discussão acerca do conteúdo da tutela penal dentro do âmbito jurídico da época. Nesses termos, identifica-se que, no início do século XIX, a discussão foi fomentada por Birnbaum e o debate fora de suma importância porque, a partir dessas trocas de argumentos, emergiu a conceituação de *bem* estritamente ligada à tutela penal.

Diante disso, a ideia de bem jurídico teria como genitor Birnbaum. Todavia, em sua obra, conforme aponta Brandão¹⁰, o referido autor não teria usado a expressão “bem jurídico”, mas sim o termo “bem”. Ainda assim, foi Birnbaum que desenvolveu esse conceito direcionado ao direito e ao ordenamento jurídico.

Ao confrontar as ideias do direito subjetivo e, conceber a ideia do *bem* como uma característica objetiva, a teoria de Birnbaum consiste em negar que a dogmática penal teria como finalidade a proteção dos direitos subjetivos pois, para ele, o Direito era como uma entidade abstrata, assim, nunca poderia ser lesionado efetivamente.

Na verdade, o que ocorre é a materialização do direito em formato de *bens*, sendo estes objetos de direito, de modo que ocorre uma transmutação de algo que outrora era tutelado subjetivamente e passa a ter um respaldo no mundo fenomenológico. Isso se daria pela possibilidade real de que os titulares desse direito poderiam ser lesionados. Assim, explica o próprio autor¹¹ que sua ideia jamais foi defender uma definição de delitos perfeita e unívoca,

⁹ FEUERBACH, loc. cit.

¹⁰ BRANDÃO, op. cit., 2012, p.120

¹¹ BIRNBAUM, Johan Michael Franz. **Ueber das Erfordeniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe der Verbrechens**. Halle: Schwetschte und Sohn, 1934, p. 175-176. , apud BRANDÃO, Cláudio. op. cit., 2012, p. 122

mas a busca dessa definição sinaliza a determinação de sua natureza. Dessa maneira, seria necessário compreender que o delito não lesionaria um direito, e sim um *bem*.

Segundo Birnbaum, somente os *bens* inatos e adquiridos podem ser lesionados, e não o direito *per si*. Por sua vez, ao interpretar o delito como uma lesão, a tutela penal jamais poderia estar coberta pelo direito, mas tão somente ao bem que o decorre.

Ao se examinar o crime de homicídio, por exemplo, não se poderia afirmar que viola o direito à vida, mas tão somente que a ação criminosa viola a vida. De outro modo, segundo o autor, precisava-se encontrar o objeto que o Direito Penal protegia, ou seja, o bem jurídico.

Nesse diapasão, pode-se extrair da obra de Birnbaum que o que ele chama de “bem” é o objeto que é afetado pelo crime, sendo o delito a prática de uma ofensa que atinge diretamente o dito instrumento penal. Essa estrutura argumentativa dá-se em oposição clara a Feuerbach, porque este determinou a conduta criminosa como uma lesão jurídica, armazenada em uma lei penal contra o direito de outrem.

Birnbaum, por sua vez, afirma que seu antecessor caiu em uma falácia ao afirmar que a ofensa estaria entre o embate de uma lei penal e de um direito, e não de uma ação que lesiona determinado bem protegido pela tutela penal.

A virada da dogmática penal foi tão forte que houve um giro conceitual de extrema relevância. Nesse ponto, mais uma vez, Brandão¹² afirma que, até o momento do desenvolvimento da concepção de Birnbaum, os direitos subjetivos se concentravam na discussão do crime. Com isso, observava-se as relações humanas entre si, tomando como referência o fato de cada uma delas ter um direito subjetivo. Porém, a ideia desenvolvida pelo alemão era de que o *bem* tinha guarida em uma perspectiva objetiva, ou seja, pertencia a um titular, passando-se a observar os fatos de uma maneira empírica, e não espiritual.

A relevância do que traz Birnbaum para a ciência penal é indubitável. Em sua época, realizou-se uma grande construção teórica diante da influência do positivismo. Com isso, o autor já não buscava o afastamento das intervenções penais, mas que estas fossem estruturadas dentro de um escopo dogmático, que se poderia traduzir, desde então, na forma de bem jurídico.

Por fim, cabe destacar que houve uma movimentação do eixo - de subjetivo, conforme Feuerbach, para uma perspectiva objetiva, com Birnbaum, na medida em que a ideia de *bem*

¹² BRANDÃO. *Ibidem*, p.123.

ganhou força por polir o Direito Penal para uma interpretação mais liberal. Com isso, a contribuição dessa teoria não foi trazer um sentido perfeito, nem tampouco buscar um sentido unívoco de bem jurídico; também não foi trazer à baila contextos complexos tão bem desenvolvidos na ciência penal, como, por exemplo, a exclusão da antijuridicidade por causa da legítima defesa. Porém, a mudança do eixo de pesquisa da tutela penal trouxe um nivelamento objetivo, que permitiu a investigação de uma lesão concreta e efetiva em face de um objeto individual.

2.3. Karl Binding: Positivismo e Bem Jurídico.

Sabe-se da necessidade de cautela ao desenvolver as ideias de autores que não condizem com o presente, pois existem perspectivas que aparentam não fazer sentido. Todavia, vale salientar que os autores até aqui trabalhados tiveram uma grande importância na história do direito penal e no desenvolvimento do bem jurídico. Nesse contexto, destaca-se a importância singular da obra de Karl Binding (*Die Normen*).

Na segunda metade do século XIX, há uma grande influência do positivismo, que atingiu várias áreas das ciências da natureza e, posteriormente, a do Direito. Conforme alerta o professor Ricardo de Brito¹³, o positivismo ensejou um progresso na maioria das ciências sociais e, no que tange o estudo do direito penal, tal modelagem científica corroborou para a criação da criminologia tão bem estudada nos dias atuais.

Trazendo à baila a obra de Binding, deve haver uma vinculação entre o conceito de bem jurídico, assim já se pode nomear, e o Estado. Todavia, esse elo seria feito a partir da norma penal. Conforme pontua Martinelli¹⁴, o ponto de início da obra tenta comprovar que o sujeito não contraria uma lei penal, e sim realiza todos os elementos descritos na lei, mas a transgressão ocorre naquilo que antevê a lei, ou seja, de modo mais objetivo, transgride-se a norma incriminadora.

Nesse momento, cabe explicar, de maneira breve, que Binding não menciona a lei penal, porque a norma penal é entendida como uma regra proibitiva, extraída do espírito social

¹³ FREITAS, Ricardo de Brito. **Razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 55.

¹⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, L. S. D. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 433.

(*volksgeist*). Na perspectiva do referido autor, seria compreender a ponderação de justiça de determinada sociedade.

Contudo, a lei se integra como uma regra positivada, oriunda de um processo legislativo, tendo a teleologia de deixar explícito onde uma determinada ação enseja uma reprovabilidade diante de uma coletividade.

Assim, o Binding¹⁵ afirma que é o legislador, que detém o monopólio de criação no que tange à matéria penal, tem a atribuição de selecionar quais seriam os produtos sociais que merecem ter uma relação com a tutela penal.

A ideia outrora levantada por Birnbaum, de que o bem jurídico seria garantido pelo direito por meio do Estado, foi afastada por Binding ao afirmar que justamente o objeto de tutela se dá através de uma criação legislativa, advindo, finalmente, a nomenclatura de “bem jurídico”.¹⁶

O epicentro da ideia desenvolvida por Karl Binding dá uma função bastante significativa ao legislador, que será responsável por trazer a definição do crime e, conseqüentemente, deverá criar o substrato de uma possível tutela penal.

Destarte, pressupondo que a norma é extraída de um tipo penal, e este é criado pelo legislador, Binding deduz que o bem jurídico é uma criação decorrente do ato legislativo. Nessa perspectiva, o bem jurídico, eventualmente lesado diante de uma adequação da conduta do sujeito ao tipo penal, não poderia existir sem antes uma norma. Em outras palavras, só é detectável determinado bem jurídico diante da norma que existe após uma atividade legiferante.

É possível concluir que a obra do autor tem como corolário a norma penal, que tem o poder de determinar qual é o bem jurídico que faz jus à proteção, sendo, portanto, a única exigência para a existência do bem jurídico.

Nesse diapasão, Binding defende que todo bem jurídico precisa ser tratado de maneira igualitária. Isso se dá, pois, esse instituto jurídico deve agir com a atribuição de exercer um intermédio da lesão e a ação ilícita praticada. Com isso, a conduta incriminadora do bem jurídico deve ser analisada objetivamente no que tange à ação ilícita ora existente. Faz-se

¹⁵ MARTINELLI; BEM, loc cit.

¹⁶ BRANDÃO. op. cit., 2012, p.129.

importante destacar que o autor cria um mecanismo sistemático no qual o bem jurídico orbita diante da da norma.

Com efeito, para uma elucidação prática da teoria de Binding, ao analisar o atual Código Penal, observa-se que o crime de homicídio é legalmente proibido com a seguinte descrição: “matar alguém”. Desta feita, na interpretação da norma, o comando que se deve observar é o contrário do que está escrito, ou seja, “não matarás”. Em outras palavras, quem age de acordo com o tipo penal está atuando de maneira antagônica à norma penal, daí a dedução bastante certa feita por Brandão, ao dizer que: “os elementos que transformaram metodologicamente uma ação em crime são extraídos da norma”.¹⁷

2.4. As consequências do pensamento de Binding e as fontes de suas normas penais.

Conforme fora explicado, segundo Binding, a norma vem antes da lei, razão pela qual sustentava que o sistema penal tem uma relação que não se esvaziaria na pena enquanto esta fosse uma mera intimidação.

Nesta toada, Martinelli¹⁸ questiona: se a norma realmente existisse, como esta seria criada? Segundo esse mesmo autor, Binding teria apresentado três caminhos: (1) o desenvolvimento mediato a partir da própria lei; (2) as necessidades do legislador; e (3) a investigação das normas do direito positivado.

O primeiro caminho seria afirmar quais bens jurídicos necessitam de tutela penal e devem ser extraídos com base em direitos fundamentais. Nesse sentido, pode-se deduzir que o tipo penal emergiu a partir da norma penal, que se consolida como bem jurídico mediante um processo de abstração.

Já no segundo caminho, seria função do legislador demonstrar obrigatoriamente dois elementos: o que se deve exigir, de maneira precisa, das pessoas, e, do mesmo modo, o que ele reclama dos cidadãos. Dessa maneira, seriam obtidos os pilares do conteúdo e da forma das normas, e essa estrutura da norma penal denotaria como uma ordem e o primeiro seria uma

¹⁷ BRANDÃO, Cláudio apud MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 118.

¹⁸ MARTINELLI; BEM, op. cit., p. 434.

proibição. Martinelli explica que o conteúdo seria uma ação que precisaria ser executada ou omitida¹⁹.

Um ponto importante é que o legislador, além das atribuições anteriores, também deveria dizer em quais contextos as pessoas podem agir para ofender algum bem jurídico. Nesse sentido, decorre o conceito de Binding que tentava explicar as normas permissivas, como a legítima defesa, por exemplo.

Outra linha importante seria a tentativa de ter uma confirmação mediata da norma diante de um direito já positivado. Em outras palavras, em uma lei mesmo que limitadamente, seriam encontradas normas que correspondem aos preceitos penais dentro do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, a ideia formulada por Binding teve grande repercussão. Até o século passado, somente existia a tutela de bens jurídicos, na seara penal, quando ele possuía uma certa serventia diante da sociedade.

No século passado, o legislador tinha liberdade para determinar quais seriam os objetos que mereciam a tutela penal, no caso a ofensa à norma, sendo está a pedra angular da teoria de Binding, que se tornou o elemento mais importante para a ciência penal. Todavia, essa teoria resultou em uma espécie de extensão fora de controle de ações incriminadoras, visto que o argumento suscita sempre a manutenção do Estado. Nos dias atuais, seria defender que deveria existir uma lei penal cuja norma seria “a manutenção da ordem pública”.

Posteriormente, Franz Von Liszt, advindo com uma nova percepção da realidade, trouxe consigo o positivismo sociológico, negando qualquer margem de liberdade ao processo legislativo e atacando aquilo que Binding sempre defendia: a norma não vem antes do bem jurídico, mas que este já existia antes da criação daquela.

2.5. O bem jurídico sob e o positivismo sociológico de Liszt.

Sabe-se que o referido autor em epígrafe possui uma exímia relevância dentro do estudo da Ciência Penal, principalmente quando se está estudando o conceito de ação, a partir do qual Liszt e Beling desenvolveram e aperfeiçoaram a teoria causal da ação.

¹⁹ MARTINELLI; BEM, *ibidem*, p. 435.

Destarte, Liszt desenvolveu que o bem jurídico poderia estar situado diante da antijuridicidade da conduta. Dissonante dos seus antecessores, o referido autor sustentou a ideia que a norma penal não era criada, mas sim encontrada pelo legislador. Dessa maneira, situações da vida cotidiana fariam emergir o conteúdo material da ilicitude.

Ato contínuo, segundo Liszt²⁰, seria necessário examinar se a conduta seria contrária ao direito, ou seja, se determinada ação humana era um ataque aos interesses da vida ou de toda uma coletividade do ponto de vista material. Desse modo, o autor cria uma subdivisão inédita: uma ilicitude formal, que consiste em uma análise técnica do que seria uma violação de norma criada pelo Estado, e uma ilicitude material, segundo a qual a antijuridicidade deveria ser analisada a partir da nocividade de determinada ação perante uma sociedade.

Nessa toada, partindo de uma premissa atual, seria afirmar que a subtração de coisa alheia, sem grave ameaça, de um "bombom", por exemplo, por mais que se encaixe em um conceito formal, destoa de uma antijuridicidade material, pois tal ação jamais poderia ser compreendida como uma conduta socialmente nociva. Diante disso, é possível arriscar que o Princípio da Insignificância tem uma grande contribuição de Liszt, apesar de ter sido cunhada propriamente por Claus Roxin em 1964. Conforme Bitencourt,²¹ ao tratar do tema da bagatela, a irrelevância do delito não pode ser entendida como pequenos crimes ou infrações, mas como epicentro à gravidade da conduta. Em outras palavras, deve-se examinar qual foi a ofensa a determinado bem jurídico penalmente tutelado.

Assim, Liszt afirma que o ilícito material se antevê à atividade de legislar. De outro modo, o autor tenta explicar que aquela antijuridicidade vem primeiro do que os preceitos dogmáticos já positivados. Nesse sentido, a atividade do legislador seria residual e teria como função formalizar aquilo que já era reprovável socialmente.

A ideia de Binding consistia em afirmar que o bem jurídico encontra legitimidade diante da norma e do ordenamento jurídico. Todavia, Liszt o contrapunha ao afirmar que haveria uma realidade exterior ao Direito: a sociedade. Diante de uma relação social, seria possível verificar se uma ação seria ilícita materialmente, ficando à espera de uma mera formalização para que se tornasse, definitivamente, bem jurídico.

²⁰ LISZT, Franz von apud BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p.133.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62-63.

2.6. O finalismo.

O finalismo veio com a concepção de romper de vez com o ideal positivista desenvolvido por Liszt e superar o subjetivismo trazido pelo neokantismo. Assim, Welzel²² afirma que qualquer ação humana estaria sujeita a duas interpretações de cunho valorativo diferentes de um lado, há um valor material que seria o resultado em que se originou uma conduta; e, de outro, independe da existência de uma consequência da ação humana, teria como parâmetro o ato praticado pelo agente.

Assim, Liszt propõe que a missão do Direito Penal consiste na tutela de bens jurídicos através de uma proteção de valores sociais. A metodologia trazida ao finalismo pelo referido jurista alemão, conforme ensina Sánchez²³, foi a estruturação de premissas lógico-objetivas, através do método fenomenológico, por meio das quais seria sistematizada a estrutura do delito. Essas premissas consistiam em elementos da realidade que incorporam a natureza das coisas e faria com que o legislador e o Direito permanecessem conectados.

Dessa maneira, Sánchez afirma que o neokantismo era o método que determinava a configuração do objeto através de um relativismo valorativo. Por outro lado, o finalismo afirmava que os neokantistas interpretavam de maneira errada o discurso de Kant sobre as categorias da razão.

Ressalta-se que o finalismo trouxe consigo uma grande mudança metodológica no que se refere à estruturação e interpretação da dogmática penal. Essa corrente trouxe um método cujo ponto balizador se dá a partir da compreensão da ação humana mediante a óptica lógico-objetiva. Assim, as ações humanas consistem na estrutura final da ação.²⁴

O finalismo de Welzel deu continuidade à evolução da teoria do crime, que, como afirma Mir Puig²⁵, afastou a concepção de uma interpretação objetiva do fato perante uma culpa que estaria presente na parte subjetiva. Todavia, alerta esse autor, que tal dicotomia não

²² WELZEL, Hans; RAMÍREZ, Juan Bustos; PÉREZ, Sergio Yáñez. **Derecho penal alemán: parte general**. Jurídica de Chile, 1997. p. 11.

²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. JM Bosch, 1992. p.58.

²⁴ Ibidem, p.60.

²⁵ MIR, Santiago. **El Derecho Penal En El Estado Social y Democrático de Derecho**. 1994. p. 181-182.

desapareceu, mas foi reproduzida dentro do injusto penal, distinguindo o tipo objetivo e subjetivo e os pressupostos objetivos e subjetivos de justificação.

Porém, deve-se questionar se a teoria desenvolvida por Welzel é suficiente para os parâmetros da modernidade. Sánchez²⁶ retoma o debate levando a cabo que não basta apenas a intenção da ação humana no mundo fenomenológico. Segundo o referido autor, a “natureza das coisas” não fixa uma resposta real no mundo jurídico, mas apenas se limita a determinar um marco em que se circunscreve o teor dos novos conceitos jurídicos. Ademais, o papel do legislador continua sendo imprescindível, pois é ele que vai determinar qual situação social deve ou não estar presente no mundo jurídico, de acordo com seu conceito de valor, tendo uma regulação normativa.

Nesse sentido, bem sintetiza Bechara²⁷ que o finalismo trouxe consigo o abandono dos excessos de impalpabilidade presentes no positivismo e no neokantismo, razão pela qual a estrutura lógico-objetiva tornou-se o conceito mais importante para a teoria do delito. Em outras palavras, a análise da ação humana foi trazida para o epicentro de estudo da dogmática penal.

Ademais, apesar de existirem inúmeras críticas ao sistema criado por Welzel, é inegável a necessidade de uma estrutura empírica diante de fatos penalmente relevantes. Sem embargo, após uma breve evolução histórica acerca do bem jurídico e da tutela penal, adentrar no objeto de estudo, qual seja o delito de lavagem de dinheiro, esmiuçando acerca da sua proteção penal e o bem jurídico ofendido efetivamente.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p.60.

²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: Considerações sobre elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'plácido, 2018. p. 38-39

3. A LAVAGEM DE DINHEIRO E SEU ESPAÇO NO MUNDO FENOMENOLÓGICO.

A ocorrência desse delito está longe de ser algo recente. Examinar o crime de branqueamento outorga a possibilidade de ver suas características. Salienta-se que suas atividades são esculpidas diante de uma escala mundial, ou seja, a lavagem de dinheiro não se restringe a uma conduta perpetuada em um único local, mas ultrapassa a fronteira de países.

Segundo Callegari²⁸, é possível definir o delito de lavagem de capitais como a integração de bens à economia formal por meio de condutas ilícitas elencadas pelo legislador. Nesse sentido, Barros²⁹ segue o mesmo entendimento de Callegari ao afirmar que esses ativos são provenientes de uma infração penal anterior.

A necessidade de se buscar um conceito sobre um delito significa entender como o operador do direito pode aglutinar, diante de uma norma penal, uma situação abstrata presente no mundo fenomenológico. Nesse diapasão, longe de se buscar um conceito unívoco (porque seria impossível fazê-lo), aborda-se, neste momento, a exímia necessidade de trabalhar tal abstração para entender a real função do *ius puniendi* do Estado e, como consequência, entender o valor social que enseja o nascimento do bem jurídico.

Assim, a Lavagem de Capitais, conforme Bottini³⁰, seria o ato ou subsequência de atos para ludibriar a origem ou o âmago de bens que possuem origem ilícita. Tendo como finalidade realocar tais acervos dentro da economia formal, dá-se uma aparência de que foram obtidos de maneira lícita.

Nesse sentido, Romanini³¹ explica que a lavagem de dinheiro é compreendida através de um ou mais sujeitos, que buscam enruster e disfarçar o nascedouro dos bens advindos de uma atividade evidentemente antijurídica por meio de procedimentos oriundos de atividade financeira ou comercial. Assim, seria possível viabilizar o emprego de tais ativos sem que sua conduta pudesse trazer a atenção repressora do Estado.

²⁸ CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Manole, 2004. p. 134.

²⁹ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.47.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **LAVAGEM DE DINHEIRO: aspectos penais e processuais penais**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p.25.

³¹ ROMANTINI, Gerson Luís. **O desenvolvimento institucional do combate à lavagem de dinheiro no Brasil desde a lei 9613/98**. 226f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Universidade de Campinas, Campinas, 2003. p. 01.

Destarte, o termo utilizado para caracterizar a ocultação de bens (lavagem) foi utilizado primeiramente pela jurisdição estadunidense, que investigava a prática de grupos criminosos, a “máfia”, como alusão aos métodos utilizados por eles nos anos 30 do século XX, isso porque, para justificar a origem dos recursos ilícitos, utilizavam-se da exploração de máquinas de lavar roupas.

Diante da disseminação mundial da prática delitiva, alguns países adaptaram a origem da palavra. Os países de origem inglesa mantiveram o termo *Money Laundering*, na Alemanha como *Geldwäsche*, Argentina como *Lavado de Dinero* e, alguns outros como Portugal e Espanha, adotam a ideia de *Branqueamento* e *Blanqueo* respectivamente.³²

Diante dos anos 80 do século XX, o delito de lavagem passou a ser observado com mais atenção diante da comunidade internacional. Algumas organizações criminosas, principalmente aquelas voltadas para o tráfico de drogas, ensejaram uma grande mudança no cenário da política-criminal³³.

Esses grupos, voltados para os cometimentos de delitos, são estruturados por uma sistemática complexa. Em outras palavras, diferentemente de outras modalidades abarcadas pelo Código Penal, nas quais encontrar o autor da ação típica é clarividente, essa modalidade de delito tem sua estruturação voltada para uma impessoalidade³⁴.

Tal característica é de fundamental importância para compreender do que se trata o delito da Lavagem de Dinheiro e como as agências de segurança tiveram que se readaptar e criar um novo estilo de combate para prevenção desse delito. Fora analisado que não bastaria apenas a prisão de um indivíduo, porque havia *per si* uma cadeia de comando, na qual a própria empreitada delituosa se reestruturava, substituindo as peças perdidas e tornando os métodos convencionais ultrapassados.

Observou-se que o epicentro do sistema delitivo se encontrava no *dinheiro*, sendo este o grande propulsor para os grupos criminosos. Passou-se a entender que o objetivo não era apenas encontrar o autor, mas desestruturar o sistema delitivo através de uma nova política-criminal, mediante o rastreamento de bens, ou seja, “*follow de money*”. Ato contínuo, foi preciso criar um modelo político contra esses atos ilícitos, emergindo uma política de combate à lavagem de capitais.

³² BADARÓ; BOTTINI. Op., cit., p. 25

³³ CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Cap II,1, Rodolfo Tigre Maia, Lavagem de Dinheiro, p.23

³⁴ Cf. BADARÓ; BOTTINI. Op., cit., p. 85.

3.1. Esclarecimentos prévios acerca das fases do delito.

Preliminarmente, antes de adentrar na toada do bem jurídico, é importante fazer um percurso diante dos estágios da infração penal, visto que a existência de um delito se coaduna com a observação da conduta do sujeito à norma penal. Nesse sentido, é preciso esclarecer como se dá ou quais são as etapas para a prática da Lavagem de Capitais já com suas alterações feitas pela Lei nº 12.683/2012. Desse modo, pode-se caracterizar como elementos ou etapas da conduta ilícita três momentos: (1) a ocultação, (2) a dissimulação e, por fim, (3) a reinserção da pecúnia na economia, aparentando ser de origem lícita, porém dissimulando sua origem.

É importante frisar que tais etapas não são necessariamente entrelaçadas, sendo de difícil constatação o fracionamento das ações no mundo fenomenológico. Desse modo, o delito ora estudado não se restringe à mera ocultação de bens advindos de origem ilícita, mas tenta-se dar uma feição de licitude, mesmo não atingindo a sua finalidade³⁵.

Em tese, fracionando a prática delitativa, o sujeito ativo realiza a primeira conduta ocultando seus bens advindos de atividade antijurídica. Para uma melhor compreensão, é possível pensar sobre o dinheiro advindo do tráfico de drogas; na tentativa de ocultação desses valores, pode o agente realizar pequenos depósitos em conta bancária, visando cautela para com as autoridades públicas ou até mesmo utilizar outro sujeito para receber tais valores, popularmente conhecido como *laranja*.

Ato contínuo, é preciso que o agente faça a prática de dissimulação. Com efeito, temos o seguinte conceito atribuído denotativamente: “ato ou consequência de dissimular”, atitude daquele que dissimula, finge, disfarça suas reais intenções ou propósitos, ou seja, dissimulação de sentimentos”.³⁶

Nessa toada, esse mascaramento é, na maioria das vezes, realizado em *paraísos fiscais*³⁷, sendo estes países que aceitam o investimento estrangeiro sem requerer a identidade do proprietário do dinheiro, e garantindo a sua reserva absoluta. São inúmeras maneiras de se realizar esse disfarce de capital, podendo ser depositado já em moeda estrangeira até transferências eletrônicas não oficiais.

Por fim, a reinserção do dinheiro ilícito que já fora ocultado e dissimulado para reintegrar a economia formal, dando-lhe a aparência de origem lícita e legal. Assim, ocorre a

³⁵ BADARÓ; BOTTINI, op cit., p. 28.

³⁶ **DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/dissimulacao/#:~:text=Significado%20de%20Dissimula%C3%A7%C3%A3o,Do%20atim%20dissimulatio>. Acesso em 17 de jul. 2020

³⁷ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Baraetti. **Lavagem de dinheiro**. Grupo Gen-Atlas, 2017. p. 37

prática de reciclagem, a exemplo de operações como venda de imóveis superfaturados, diferentes do preço do mercado, ou simulação de negócios que deem a condição de licitude. No mesmo sentido, explica Bottini³⁸ que os ativos de origem de condutas típicas estariam misturados a bens e valores que emergiram de uma atividade lícita. De outro modo, o autor afirma que tais valores estariam lavados mediante operações labirínticas de dissimulação, a partir de infinitos métodos, até criativos, para a reinserção como um negócio jurídico lícito.

Dessa maneira, obtém-se, até o momento, o *modus operandi* da conduta incriminadora. Porém, há ainda a relação entre tipicidade e bem jurídico, que é inalienável. Em outros termos, não poderá existir crime sem que haja um bem tão importante que seja objeto de tutela do estado, a exemplo da vida, patrimônio, integridade física e honra, dentre tantos outros.

Com isso, será abordado no próximo item, os aspectos trazidos à baila na introdução, bem como o que as melhores doutrinas podem desenvolver sobre uma compreensão mais concatenada acerca da dogmática penal. É imprescindível que tais condutas, vistas como típicas, encontrem respaldo na Constituição Federal e na Dogmática Penal.

3.2. Espaço do bem jurídico e sua crise existencial no delito de lavagem de dinheiro.

Dentro do Direito Penal, retratar o princípio da legalidade é, ao mesmo tempo, tratar a sua estreita relação com o bem jurídico. É fato notório que, ao se deparar com a evolução desse conceito, encontram-se elementos que visam responder qual a função da dogmática penal.

Por ora, busca-se compreender a noção de bem jurídico, que atualmente percalça a ideia de elementos, sejam eles objetivos ou subjetivos, que são considerados indispensáveis para a sociedade (v.g. vida e o patrimônio). Assim, nasce o papel do Direito Penal: a custódia desses componentes para o bem estar social.

Na modernidade, compreendido após a Segunda Guerra Mundial, que o tempo da dogmática difere do contexto volátil da sociedade, de modo que os tipos penais não caminham em consonância com a evolução da sociedade. Conforme ensina Bottini³⁹, há uma grande dificuldade de elencar ou determinar o que seria suscetível de uma tutela penal. Esse pensamento fez com que parte da doutrina reconhecesse a falibilidade do conceito de bem

³⁸ BADARÓ; BOTTINI, Op.cit, p. 29

³⁹ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 76.

jurídico por não existir uma definição precisa deste instituto. Segundo o referido autor, a plasticidade intensa o deixa inábil para uma atribuição dogmática.

Todavia, por mais que aparente ser de difícil precisão qual elemento social precisa ser tutelado, é notável que, no mínimo, exista um *marco conceitual* que defina sua estrutura. Destarte, ao interpretar tal marco, identifica-se a necessidade de se observar a teleologia da norma penal e qual motivo visa efetivamente a criação de determinado bem jurídico. Sabe-se que, para a criação de tais tutelas, é preciso que esteja de acordo com o maior diploma legal que rege o modelo e a forma que se deve subsistir tais normas: a Constituição Federal.

Compulsando a Carta Magna, é fácil perceber que o seu feixe normativo está circunscrito pela prerrogativa da dignidade da pessoa humana e pelo pluralismo, entendendo-se, por este último, a possibilidade de coexistirem diferentes meios ou modos de vida dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. A partir disso, é possível compreender que as normas penais podem proteger valores individuais ou coletivos (v.g. patrimônio e meio ambiente).

Do referido caráter normativo, pode-se extrair que, no campo do delito ora estudado, o reconhecimento de qual seria o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora enseja obter respostas sobre qual seria a sua natureza e sua abrangência para a configuração de sua tipicidade. Destarte, a solução de possíveis vetores, como a existência de *bis in idem* ou o concurso de normas, somente se resolverá mediante o elo entre a ação humana antijurídica e a real ofensa a determinado bem jurídico.

Com isso, nesse momento, serão abordadas as teorias mais populares adotadas pela doutrina brasileira, em conjunto com decisões mais comuns dos Tribunais, visando examinar qual o componente social mais afetado pelo delito ora estudado: a utilização do bem jurídico do delito antecedente como objeto da norma de lavagem de capitais, a administração da justiça ou a ordem econômica.

3.3. O bem jurídico do crime antecedente como objeto lesado pela lavagem de dinheiro.

Houve um grande movimento internacional para que as condutas da lavagem de dinheiro fossem fiscalizadas. Um dos primeiros passos para se trazer um marco conceitual

sobre esse delito, estavam relacionadas, conjuntamente, o crime de tráfico de drogas. Com isso, é passível de dedução que o bem jurídico, nesse contexto, era a saúde pública.

Nesse diapasão, é notório que houve uma grande ampliação ao se utilizar o crime antecedente para caracterizar o ilícito em epígrafe. Ato contínuo, firmou-se o entendimento de que o objeto de tutela normativa não se limita à saúde pública, mas estende-se a qualquer bem jurídico que for afetado pela lavagem de capitais. Assim, a lavagem de valores, oriundos do delito de tráfico, afetaria a saúde pública do mesmo modo que a reciclagem de bens, advindos da extorsão mediante sequestro, lesionaria a liberdade individual em conjunto com o patrimônio.

É preciso considerar que a indicação genérica de qualquer crime como antecedente caracteriza-se como um tipo penal vazio, impossibilitando que o delito exista, haja vista que é preciso uma real ofensa a determinado bem jurídico para que se obtenha a intervenção penal. Dessa maneira, a adoção dessa teoria exigiria, por parte do legislador, indicar, com precisão técnica, infrações penais que caracterizassem o delito de lavagem de dinheiro.

Todavia, é necessário recordar que tal teoria ocasiona uma dupla punição, configurando-se o *bis in idem*, inconstitucional segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Ao admitir a existência de dois tipos penais, tendo um já sido afetado pela conduta anterior, o delito de reciclagem de bens ilícitos seria fundamentado pelo mesmo fato gerador. Nessa perspectiva, segundo Bottini,⁴⁰ o princípio da consunção seria um óbice para punir a autolavagem, pois o sujeito ativo do delito de lavagem de dinheiro seria concomitantemente responsável pela infração antecedente. Com esse pensamento, o referido autor afirma que o branqueamento seria mero exaurimento da conduta ilícita praticada anteriormente ou estaria presente a progressão criminosa, de modo que a ação pretérita seria agregada pelo delito de lavagem.

Ressalta-se que parte da doutrina afirma a constitucionalidade de tal modalidade, sob o argumento de que a lavagem de dinheiro não olharia para delitos já ocorridos, mas para uma futura lesão de bens jurídicos semelhantes. No entanto, tal entendimento não merece prosperar, uma vez que essa tese faria com que o referido tipo penal tivesse uma denotação de prevenção geral negativa.

⁴⁰ Ibidem, p. 769.

Por sua vez, Castellar⁴¹ posiciona-se de maneira distinta, na medida em que entende que o bem jurídico tutelado dever-se-ia revelar e, concomitantemente, estar atado à contemporaneidade da conduta. Como argumento, defende que a finalidade da ação de quem cometeu o delito é a custódia de um valor ilícito, cujo autor não pode utilizar o ganho. Godinho⁴² explica de maneira mais assertiva o pensamento do autor ao esclarecer que o branqueamento não é uma continuidade delitiva, ou seja, sintetiza que a lavagem de capitais não pode ser entendida, sob qualquer ponto de vista, como a continuidade do bem jurídico anterior.

Sabe-se que a pedra angular da teoria do delito é a culpabilidade. Considerando que o seu conceito se vincula a fatos ocorridos, e não aos que podem acontecer, a culpabilidade não pode se confundir com periculosidade. Nesse contexto, reafirma Bottini⁴³: “justificar a pena em um ato futuro, do agente ou de terceiros, não parece adequado aos preceitos de um direito penal que se limita a responsabilidade ao autor do delito”.

Bonaccorsi⁴⁴, que defende a ideia de que o bem a ser tutelado é a ordem econômica, coaduna com Bottini nesse aspecto. Nessa perspectiva, afirma que mesmo que a mera ocultação já figure requisito para a propositura da ação penal, muitas vezes essa fase do delito de lavagem não configura um ato idôneo ou um perigo concreto ao bem jurídico.

Com isso, a referida autora entende que, diante a finalidade de prevenir determinada ilicitude, o crime de lavagem de dinheiro possui como característica a proteção de um risco futuro. É assinado que o branqueamento se trata de uma lei emergencialista, assumindo, assim, uma política criminal, cujo escopo consiste em evitar um porvir, na medida em que há uma antecipação da conduta. E tal punição, que poderá ou não vir acontecer, não é idônea para fundamentar o poder de punir (*ius puniendi*) do Estado, porque há uma grande repressão por um mero resultado incerto e futuro, não fazendo *jus* ao direito penal da culpabilidade.

Não findando as críticas sobre essa aplicabilidade, deve-se examinar a proporcionalidade. Este princípio, já existente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, respalda-se no sentido de que a pena estaria atrelada à proporcionalidade do delito que ocorrido. A Carta Magna possui diversos institutos para que as penas sejam

⁴¹ CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro**: a questão do bem jurídico. Editora Revan, 2004. p. 157.

⁴² GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de “branqueamento” de capitais**: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001. p. 130.

⁴³ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 79

⁴⁴ BONACCORSI, Daniela Villani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**: análise crítica da Lei 12,684/12 a partir do emergencialismo penal. Editora Lumen Juris, 2013.

proporcionais, quais sejam a individualização da pena (art. 5º, XLVI), o maior rigor para infrações graves (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), dentre outros.

Nesse sentido, pela Lei 9.613/98, todos os crimes que englobam a lavagem de dinheiro, até mesmo contravenções penais, observando a conduta anterior, obtêm a mesma pena. Em outras palavras, o sujeito ativo que pratica o branqueamento através de contrabando de armas de fogo está intrinsecamente ligado ao mesmo *quantum* de terceiro que, por exemplo, realiza a lavagem por delitos de furto. Desse modo, considerando que o bem jurídico da lavagem de dinheiro é aquele realizado pelo delito antecedente, as penas, necessariamente, precisam ser diferentes.

Com efeito, resta evidenciada a fragilidade da teoria que entende que a ausência de um bem jurídico específico enseja aplicações dicotômicas e emerge lacunas jurídicas na esfera penal por não observar os limites constitucionais. Conforme ensina Bottini⁴⁵, o bem jurídico tutelado pela norma penal refere-se à proporcionalidade da pena em sentido abstrato. Deste modo, a sanção existente não guarda qualquer pertinência com o delito em si, mas faz-se presente com outros vetores, estranhos ao bem jurídico principal: as circunstâncias do delito, o motivo e a culpabilidade. A determinação da pena, por conseguinte, não é congruente para retificar as distorções que decorrem da diferença do bem jurídico afetado.

Diante dos argumentos trazidos à baila, não aparenta que a teoria do crime antecedente possua aplicabilidade perante o bem jurídico resguardado pela Lei 9.613/1998 seja aquele agravado por uma transgressão pretérita.

3.4. Administração da Justiça como fundamento da existência do delito de lavagem.

Um outro ponto a ser sustentado é que o delito de branqueamento teria como característica o favorecimento. Segundo Bitencourt⁴⁶, se o Estado adotasse uma política segundo a qual crimes e contravenções penais antecedentes pudessem conotar uma atividade bastante atrativa, a criminalização da lavagem de capitais mostrar-se-ia no mundo fenomenológico como uma forma de proteção da administração da justiça. Os delitos encontrados no Código Penal, sejam eles os de Favorecimento Pessoal ou Real (art. 348 e art.

⁴⁵ BADARÓ; BOTTINI. Op., cit., p. 80.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; **Tratado de Direito Penal Econômico**: volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 447-448.

349), encontrariam simetria no caso em tela. Outrossim, os atos de lavagem seriam inócuos se observados de maneira isolada. Todavia, seria preciso existir, ainda de acordo com o autor, uma relação instrumental do agente que pratica a lavagem e o delito antecedente.

Nessa perspectiva, estaria configurada a tipicidade da conduta quando o sujeito realizasse as fases do delito e objetivamente buscasse a ocultação do fato gerador da atividade ilícita de capitais.

Nessa óptica, haveria uma interpretação restritiva do tipo penal, vinculando seus comportamentos à necessidade de demonstração de que a finalidade de sua ação está direcionada à tentativa de mascarar o nascedouro ilícito de bens ou valores.

Com efeito, nesse momento, a lavagem de dinheiro é entendida como um processo de mascaramento que não ofende o bem a princípio lesionado, mas é põe em risco a operacionalidade do sistema da Justiça mediante a utilização de artifícios a fim de afastar o objeto da manjedoura da ilicitude, fazendo com que o rastreamento seja obstruído.

Sem embargo, Bitencourt⁴⁷ afirma que se a criminalização fosse o objetivo real, não seria necessária a tipificação da conduta encontrada na Lei Nº 9.613/1998, pois as formas qualificadas dos delitos de Favorecimento encontradas no bojo dos arts. 348 e 349 bastariam.

Por outro lado, Bottini⁴⁸ ensina que, do ponto de vista dogmático, tal pensamento oferece uma autonomia entre o crime de lavagem e a utilização do delito antecedente, mesmo havendo uma conexão latente entre eles. Essa concatenação se dá na medida em que o motivo da intervenção penal seria justamente garantir os utensílios para apuração e julgamento dos crimes antecedentes e o restabelecimento daquilo que foi obtido por um viés antijurídico.

Diante de um prisma constitucional, percebe-se que tal preceito depara-se com o princípio da isonomia, porque, partindo-se do pressuposto que o bem jurídico protegido seja a administração da justiça, independentemente do crime antecedente, é totalmente possível não encontrar embargo em uniformizar as penas. Assim, se o crime antecedente for valorado nos dispositivos penais com pena mais grave, nada atinge a natureza do comportamento *a posteriori*, porque se encontrará com outro bem jurídico: a administração da Justiça.

Nessa toada, quem cometer o delito de tráfico de drogas e reinserir os valores e bens obtidos dessa prática ilícita como se fossem lícitos, ocasionará o concurso material de delitos.

⁴⁷ Ibidem, p. 448.

⁴⁸ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 81

Primeiramente, haverá violação do bem jurídico da saúde pública e, posteriormente, do funcionamento da Justiça, afastando-se o *bis in idem* encontrado na hipótese de se utilizar o bem jurídico do delito de branqueamento como crime antecedente.

Contudo, tal posicionamento não fica isento de críticas. Alguns doutrinadores apontam que os delitos contra a Administração da Justiça exigem dolo específico afetando o funcionamento desse setor e afirmam que isso não ocorre nos casos de branqueamento. Nesse prisma, Pitombo⁴⁹ entende que a identificação do crime de lavagem de dinheiro com o crime de favorecimento apresentaria um imbróglgio ao se analisar o elemento subjetivo do tipo, pois o delito teria como motivo a obtenção de lucro (*faciendi causa*), que se aproximar-se-ia mais do delito de Receptação (art. 180) do que de Favorecimento Real (art. 349).

Todavia, a outra parte da doutrina defende exatamente o mesmo posicionamento. Segundo Bitencourt⁵⁰, dolo é a consciência e a vontade de realizar os elementos que descrevem o tipo penal. Com isso, Bottini⁵¹ explica que os crimes, no que tange à Administração da Justiça, nem sempre têm como finalidade do agente afetar o seu funcionamento, pois, conforme ensina o autor, quem realiza os delitos de Favorecimento pode ter como finalidade apenas o lucro ou sua satisfação pessoal.

Ademais, em ato contínuo, quem pratica o crime de Denúnciação Caluniosa (art. 339) pode ter unicamente o *animus* de prejudicar aquele sobre quem faz incidir um inquérito policial, mesmo sabendo não ser verdade. Assim, essas situações descrevem que não necessariamente precisa haver um dolo específico, mas acaba-se por afetar o sistema de Justiça.

3.5. Ordem econômica como bem jurídico.

Como um terceiro caminho de interpretação dos Tribunais e da doutrina, é salientado a ordem econômica como bem jurídico do ilícito de branqueamento, sob o argumento de que o ato de “lavar” cria uma obstrução à atração do capital proveniente do exterior. Desse modo, quem pratica esse ilícito afeta diretamente o equilíbrio do mercado e tudo o que com este se relaciona, como, por exemplo, as relações de consumo.

⁴⁹ PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 76.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2017, op. cit., p. 365

⁵¹ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 82

Esse bem jurídico pode ser entendido como a união de elementos que atestam o comportamento de bem-estar das relações de produção de uma sociedade. Doravante, todo delito atinge a ordem econômica simboliza um modelo grave de apetrechos da vida econômica, desestabilizando todo seu funcionamento.

Conforme exemplifica Bottini, em uma situação na qual determinada empresa é utilizada “de fachada”, ou seja, mesmo formalmente constituída, não exerce sua atividade empresarial, mistura-se seus rendimentos ilícitos com o capital lícito. Dessa maneira, o autor do delito pode subsidiar produtos por valores muito abaixo daqueles que agem de maneira lícita, obtendo-se uma vantagem de capital vantajosa diante de uma empresa regular.

Por outra perspectiva, Schünemann⁵² aponta problemas de imputação criminal diante de danos econômicos cometidos por uma empresa. Conforme o referido autor, isso se dá porque falta e um vocábulo preciso que possa incluir aspectos essenciais no que tange ao Direito Penal Econômico. Com isso, ainda de acordo com o jurista alemão, é preciso fazer uma diferenciação dos crimes realizados por uma empresa (*Unternehmenskriminalität*⁵³) e os danos causados pelos funcionários a ela. Com base nisso, o autor afirma que os danos causados aos sócios por seus funcionários devem ser contabilizados como delitos ocorridos na empresa, e não como um delito empresarial.

Por outro lado, Bottini⁵⁴ afirma que tal posição merece e críticas. Em primeiro lugar, há quem defenda que caberia uma definição mais precisa sobre o que seria “ordem econômica”. Porém, segundo o referido autor, por mais que falte um conceito coeso desse elemento, não se pode negar que esse preceito norteia a aplicação e a intervenção da norma penal na conduta de branqueamento.

Ademais, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, há uma grande parcela de crimes cujo bem jurídico configurado é a ordem econômica, como, por exemplo, o delito de cartel (Lei Nº 8.137/1990). Além disso, há diversas passagens na própria Carta Magna, v.g. arts. 109, IV e 170, fazendo com que se conclua que valorar o tipo penal com o bem jurídico em comento não é algo estranho à tutela penal.

⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Espanha, tomo 41, p. 529. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>. Acesso em: 29 mar. 2021.

⁵³ Tradução nossa: Crime corporativo.

⁵⁴ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 83

Mesmo diante de tais argumentos, há quem ainda negue que o bem jurídico ofendido penalmente seja o da ordem econômica. Dessa vez não por falta de uma precisão técnica, mas porque o ingresso do capital ilícito reintegrado à economia formal não afetaria o desenvolvimento econômico, trazendo consigo o seu aperfeiçoamento.⁵⁵

Doravante, essa perspectiva adota a óptica de que, independentemente da licitude do bem, o seu contexto material permanecerá, ingressando na economia e fomentando todo o seu mecanismo. Com base nesse argumento, poder-se-ia entender que a lavagem de dinheiro é benéfica à ordem econômica.

Todavia, Bottini⁵⁶ lista uma série de incongruências nesse pensamento. Primeiramente, tal conduta ofende a livre iniciativa e a livre concorrência respaldadas na Carta Constitucional, consoante seu art. 170, IV. Além disso, o capital reciclado não tem lastro sob égide da economia formal, fazendo com que esse bem torne-se livre de tributos ou de outros encargos que adviriam de um exercício e desenvolvimento financeiro lícito.

Por outro lado, Mendroni⁵⁷ afirma que, para entender qual bem jurídico deve ser tutelado por esse delito, deve-se analisar uma política criminal. Assim, ele considera que a melhor interpretação é a de que o branqueamento ofende tanto a administração da justiça quanto a ordem econômica, por considerar a lavagem de dinheiro como uma ação pluriofensiva, pela qual o bem jurídico atingido aglutina os dois bens jurídicos propostos.

⁵⁵ HERRERA, P. M; **Los delitos de blanqueo de capitales**. Madrid, Edersa, 2000, p. 144.

⁵⁶ BADARÓ; BOTTINI, op. cit., p. 83.

⁵⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. Editora Atlas, 2006. p. 80-81.

4. A ALEMANHA DE CLAUS ROXIN E GÜNTHER JAKOBS.

O desenvolvimento da proteção do bem jurídico é acompanhada por uma situação histórica em que Alemanha se encontrava. Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma limitação do poder punitivo do Estado. Grandes juristas da época, como Mezger, participaram e tiveram grande influência sobre a tipicidade penal diante do nacional-socialismo alemão. O neokantista, Mezger, tratou de adaptar suas obras para que, a grosso modo, a vontade do Führer constasse como fonte do direito penal alemão⁵⁸.

Do ponto de vista do bem jurídico, Edmund Mezger⁵⁹, um dos maiores nomes da corrente neokantista, afirmava que o bem jurídico deveria ser compreendido como uma ideia e que tal concepção seria uma valoração objetiva em sua forma mais sensível, pois não poderia ser entendido como um objeto de ação ou um instrumento do mundo exterior. Segundo o jurista alemão, o bem jurídico, conseqüentemente, não poderia se ater a ideias materialistas e seria fundamental para o tipo penal que este bem jurídico não fosse apenas algo preso ao indivíduo, mas que fosse encarado como um bem da sociedade, ou seja, um bem de direito.

No entanto, esse movimento jusfilosófico não ficou isento de críticas. Amelung, ao citar Honig⁶⁰, apontou que, na investigação sobre o bem jurídico, havia uma rotineira confusão entre o objeto e o objetivo de tutela. Por sua vez, Badaró⁶¹ ainda traz à baila que esse movimento espiritualista assentiu, aos juristas do regime totalitário nacional-socialista alemão, a criação de uma estrutura dogmática penal totalmente subjetiva, qual seja o direito penal da vontade.

Diante disso, sabe-se das conseqüências nefastas do regime nazista. O esfacelamento da teoria do bem jurídico permite àqueles que possuem o poder estatal suscitar um valor que se converta em bem jurídico a cargo de relativizar ao máximo o limite do poder punitivo. Nessa perspectiva, o conceito maleável do bem jurídico oferece um mascaramento para ofender a dogmática penal.

⁵⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 153-159, 2005.

⁵⁹ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general, libro de estudio. 1990. p. 155

⁶⁰ AMELUNG, Knut. El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: **La Teoría del bien jurídico: ¿ fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?**. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. p. 227-264.

⁶¹ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 54-56.

Assim, a Alemanha passou a ter como ideia principal a de que o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos, que devem ser reais e concretos. Afastando, conforme aponta Roxin⁶², que o bem jurídico não poderia continuar sendo meras convicções políticas, religiosas ou até morais como imperam no regime socialista-alemão.

O autor passa a refletir sobre qual seria a qualidade de uma ação humana para que uma ação fosse considerada antijurídica. Tal problemática não se restringiria somente ao legislador, mas seria estendida para toda ciência penal. Com isso, Roxin afirma que não bastaria apenas a atuação discricionária do legislativo para a existência de uma pena, porém seria preciso que o *jus puniendi* fosse legítimo.

Jakobs emerge em um momento no qual a dogmática penal sofre por uma falta de resposta: de um lado, um movimento que suscita a antecipação da penalização oriunda de uma expansão do Direito Penal; de outro, de um movimento que preza pela manutenção de uma sistemática penal garantista. O jurista alemão pretende responder essa dicotomia sinalizando que poderia existir um Direito Penal para os cidadãos e outro, para o inimigo.

Com isso, o autor apresenta uma estrutura penal à parte, voltada para pessoas que tenham deixado de praticar atos lícitos por muito tempo ou que, de certa forma, tenham ignorado o direito. Nesses casos, haveria uma ampliação de possibilidades para castigar os comportamentos advindos desses cidadãos afastados da lesão do bem jurídico, e o sistema penal seria caracterizado por penas elevadas e supressão de garantias processuais⁶³.

4.1. Conceito de bem jurídico na visão de Claus Roxin.

Roxin, ao buscar o conceito de bem jurídico, parte da premissa de que precisaria delimitar o que seria esse instituto e como o Direito Penal se limita à proteção deles. O jurista alemão entende que a intervenção penal resulta de uma função social que a dogmática penal tem diante de uma sociedade.

⁶² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11-12.

⁶³ MACHADO, op. cit., p. 153-159.

Nessa perspectiva, a função do Direito Penal, na visão do referido autor, é a de sempre assegurar uma existência tranquila, segura e com grande foco na liberdade individual dos cidadãos de um Estado de Direito.⁶⁴

Com isso, a função do Direito Penal de que fala Roxin está estritamente ligada à concepção ideológica advinda do contrato social. Essa teoria afirma que o Estado Democrático se dá a partir da transferência do poder estatal dos cidadãos para os legisladores.⁶⁵ Ademais, a visão de Estado do autor faz com que este entenda as normas penais como garantia de uma coexistência pacífica e livre. Assim, por meio de instrumentos jurídico-penais, o Estado deve não só garantir as condições individuais favoráveis, mas também prover uma administração da justiça eficiente através das instituições estatais.

Nesse contexto, a denominação de bem jurídico, para Claus Roxin, consiste em elementos reais da vida humana em sociedade, e não componentes carregados de sentido. A proteção da vida, da integridade física, da propriedade até da administração da justiça são entendidos como bens jurídicos. Ademais, por mais que o autor afirme que esse instituto goze de circunstâncias da realidade, não se faz necessário uma realidade material.⁶⁶

Nessa perspectiva, a realidade material não pode ser confundida com a realidade empírica. Apesar de as duas serem entendidas como fonte do bem jurídico, a primeira se refere a uma existência efetiva ou corpórea de determinado bem jurídico, ao passo que a segunda se manifesta como fenômeno integrante da realidade, como, por exemplo, a administração da justiça.

Por derradeiro, o conceito de bem jurídico desenvolvido por Roxin é aquele nascido diante de circunstâncias reais ou meios necessários para uma vida tranquila. Ademais, ele também abarca um instituto crítico para a legislação penal⁶⁷. O referido jurista alemão afirma que esse conceito traz à baila as fronteiras de uma punição legítima. Dessa maneira, a sua ideia diferencia do conceito fundamentado por Honig, segundo o qual o conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual, a grosso modo, esse instituto deve ser compreendido como uma *ratio legis*, ou seja, como teleologia das normas. Roxin, por sua vez, afirma que esse conceito deve

⁶⁴ ROXIN. op. cit., p. 16-17.

⁶⁵ Ibidem, p. 17.

⁶⁶ Ibidem, p. 18.

⁶⁷ Ibidem, p. 20.

ser rechaçado, uma vez que tal concepção não abarca nada mais que a interpretação final da norma penal.

No que se refere à legitimação dos tipos penais, sabe-se da necessidade de uma real ofensa ao bem jurídico para que seja legítima uma intervenção penal. Roxin, então, segue a linha de pensamento segundo a qual não precisaria de um único critério para a proteção do bem jurídico⁶⁸. Para o autor, é possível que haja uma antecipação da intervenção penal antes mesmo de uma efetiva lesão, a exemplo da punibilidade concreta de um motorista embriagado, passível de ser punido antes mesmo de ter ocasionado um resultado⁶⁹.

Assim, é possível vislumbrar que tal estrutura também é encontrada no ordenamento jurídico penal pátrio: o crime de de Moeda Falsa⁷⁰. Nesse sentido, o mero ato de obter equipamento para sua fabricação, antes mesmo de produzi-la, já traz consigo a possibilidade de punibilidade concreta. Ademais, a mera ocultação de dinheiro já traz consigo elementos para a propositura da ação penal, no entanto, o jurista alemão alerta que muitas vezes essas normas penais encontram um óbice no sentido de que o comportamento culpado está apartado de uma real lesão de bens jurídicos⁷¹.

Nesse sentido, Roxin ilustra o delito de estelionato de seguro, que ocorre quando uma pessoa faz desaparecer seu próprio bem material visando à obtenção da coisa segurada (como se aquele tivesse sido de fato roubado). Tal exemplo traz uma das situações em que há a antecipação de um fato punível. No que tange o referido autor, essa antecipação considerável do *jus puniendi* necessitaria de uma idônea fundamentação justificando o porquê de ser necessária essa precaução para a proteção do bem jurídico.

Sem embargo, Roxin entende que não há a exímia necessidade de haver uma intervenção penal no caso supracitado, uma vez que, quando alguém desaparece com seu próprio bem, existe a possibilidade de comunicar ou não à segurada com o ânimo de enganar. Termina o sendo afirmando por ele, que é proibida a tutela de valores da ação e atitude internas “flutuantes”, em que não há ofensa alguma a um bem jurídico estabelecido.

⁶⁸ ROXIN, Claus et al. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997. p. 60.

⁶⁹ ROXIN, 2006, op. cit., p. 27.

⁷⁰ Artigo 289 do Código Penal brasileiro.

⁷¹ ROXIN, 2006, op. cit., p. 27-28.

Ademais, bem alerta o autor que esse alargamento do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos, sob a égide a existência de um perigo iminente, conduz a tipos penais cada vez mais extensos na fase de preparação e a bens jurídicos cada vez mais imprecisos⁷².

4.2. O bem jurídico na visão de Günther Jakobs.

O conceito trazido por Jakobs parte da premissa de que o sentido do bem jurídico advém de um fato valorado positivamente⁷³. Nesse sentido, o bem jurídico é determinado por tudo aquilo que a lei entende como valioso e denota uma condição estável diante da comunidade jurídica.

Com isso, a existência desse instituto faz entender que o Direito já considera alguma situação no mundo fenomenológico como essencial para perpetuação de uma “vida saudável”, constituindo um valor para si mesmo. Assim, Jakobs afirma que o bem jurídico deve ser compreendido como "significado e propósito de proposições jurídicas singulares"⁷⁴.

Nessa perspectiva, o autor afirma que os conteúdos presentes nas normas dentro do Direito não conseguem ser explicados se a teleologia dela for buscar apenas a proteção de bens jurídicos, pois esta não é suficiente para todos os elementos que constituem um delito.

O dever especial de um sujeito não decorre da existência de determinado elemento tutelado pelo Direito Penal, mas sim da função que é positivada ao autor para se adaptar diante de uma instituição social. Desse modo, a funcionalidade dessa instituição só pode prevalecer se o sujeito exercer o seu papel na sociedade, tornando-a intacta.

Nessa perspectiva, ao observar um delito existente, não seria viável afirmar que a essência dele é a ofensa real a um bem jurídico, mas a violação de um dever que impacta uma unidade funcional. Essa desobediência do dever precisaria ser compreendida como uma recusa de se comportar conforme um cidadão⁷⁵.

Assim, percebe-se que o autor é um dos principais opositores à teoria constitucional da proteção de bens jurídicos proposta por Roxin, uma vez que entende que a finalidade da

⁷² ROXIN, 1997, op. cit., p. 60.

⁷³ JAKOBS, Günther; CONTRERAS, Joaquín Cuello. **Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. M. Pons, 1997. p. 50.

⁷⁴ Ibidem, p. 52

⁷⁵ Ibidem, p. 54

dogmática penal é a tutela da vigência das normas visando sempre a operacionalidade de uma entidade.

O jurista alemão afirma que a vigência da norma deve ser entendida como o bem jurídico penal. Assim, o que rotineiramente poderia ser entendido como bem jurídico, como a vida, a saúde ou a liberdade, seria apenas um motivo fulcral para a norma, ou seja, seria a representação de um fim.⁷⁶

Nessa toada, Jakobs afirma haver uma simetria entre a pena e o crime, pois este se dá diante da negação do sujeito para com a estrutura de uma sociedade, ao passo que aquela, uma vez executada, vem com a finalidade de deixar à margem essa negativa do dever praticado pelo cidadão. Com isso, a finalidade da norma é alcançada e a estrutura social é validada.⁷⁷

⁷⁶ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?**: sobre a legitimação do direito penal. Livraria do Advogado Editora, 2018. p.47

⁷⁷ GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 177.

5. CONCLUSÃO

O bem jurídico é um objeto de força singular e única, na medida em que não possui sentido único e, desse modo, pode ter sua interpretação voltada para o controle e repressão dos cidadãos. Tal fato pôde ser constatado durante a Segunda Guerra Mundial, quando o referido instituto foi utilizado com valores que ensejaram grande extermínio de parte da população.

A Teoria do Bem Jurídico trouxe consigo elementos que acentuam tudo aquilo que for socialmente relevante e que deve ser utilizado como objeto de tutela penal. Nesse sentido, filia-se à concepção pela qual o bem jurídico deve ser interpretado, nos termos que propõe Claus Roxin, uma vez que não caberia a utilização do Direito Penal como um instrumento de perseguição para com os cidadãos, sob pena de verem tolhida sua liberdade e violado o contrato social.

É bem verdade que a sociedade moderna traz consigo novos questionamentos e novos valores a serem tutelados pelo Estado. Todavia, é preciso haver clareza, principalmente diante do papel legislativo, quanto à real ofensa cometida ao se violar uma norma penal.

Destarte, caso não seja identificado o real bem jurídico tutelado ou sendo este totalmente genérico, recairá no sentido afirmado por Günther Jakobs, segundo o qual o bem jurídico é a real efetividade da norma. Tal premissa implica que as normas penais devem sempre sobressair para que os cidadãos continuem dando estabilidade às entidades sociais.

O trabalho não se faz unicamente importante para os operadores do Direito, uma vez que o estudo da referida tutela penal demonstra o temperamento do Estado, que oscila no que seria um regime democrático ou totalitário, como demonstrou o regime Nazista, que trouxe consigo a volatilidade do bem jurídico justificando a intervenção penal para qualquer pessoa que fosse contrária à ideologia da época.

Assim, como resultado do presente trabalho, observa-se que a hipótese não se concretizou no fim dessa pesquisa. Alegar que a Lavagem de Dinheiro teria como bem jurídico ofendido a Administração da Justiça seria menosprezar as características do próprio tipo penal em comento.

A estrutura do delito consuma-se com a mera ocultação, sem sequer haver uma ofensa real o bem jurídico tutelado por essa lei penal, desvirtuando o Princípio da Ofensividade. Com efeito, a análise do tipo subjetivo, nessa fase do delito, faz com que haja a própria consumação

do delito de branqueamento sem antes mesmo que houvesse uma real ofensa a qualquer que seja o bem jurídico tutelado.

A prática da Lavagem de Dinheiro consiste, teleologicamente, em que o sujeito ativo tente obter uma vantagem econômica oriunda de um ato pretérito ilícito. O exame do tipo subjetivo do delito, em tese, deve acontecer na fase de mascaramento, ou seja, na fase em que o agente tentaria ludibriar as origens ilícitas de bens e valores.

Não poderia ser examinado na fase de ocultação porque nesse momento o benefício econômico seria considerado a lavagem de dinheiro, o que sequer acontece. Portanto, há uma antecipação da intervenção penal diante de um ato preparatório.

Desse modo, constata-se que o delito de branqueamento é fundado por um movimento de política criminal. Diante de um contexto globalizado, na busca por reprimir ações de grupos organizados, visando a imperatividade da norma, ideia postulada por Jakobs, no sentido que essas atitudes fazem com que haja o desvirtuamento e a operacionalidade de uma sociedade.

Com isso, a incriminação do delito de Lavagem de Dinheiro não se configura por um dano a um bem jurídico específico, mas tão somente o fortalecimento da norma e a perpetuação de uma sociedade estável.

Por derradeiro, a pluralidade de bens jurídicos na Lavagem de Dinheiro traz consigo o desvirtuamento da Teoria do Bem Jurídico, uma vez que a diversidade de bens jurídicos suscita a intervenção do *jus puniendi* do Estado como forma de evidenciar a organização da sociedade visando sempre a efetividade na norma penal.

Nesse sentido, é imprescindível que haja a intervenção do Estado na economia, mas é preciso que os delitos econômicos, especialmente a Lavagem de Dinheiro, assumam uma atividade compatível com o Direito Penal. Com efeito, é preciso que a rigidez do seu tipo penal faça *jus* a uma ofensa delimitada de um bem jurídico expressamente violado, sob pena de desvirtuamento do real sentido do Direito Penal: a proteção de bens jurídicos e não a efetividade da norma. Isso porque a tutela de bens jurídicos, diante de uma real ofensa, é a garantia da limitação do poder de punir.

Portanto, o deslocamento da análise do tipo subjetivo para a fase de mascaramento se faz de exímia importância porque é a partir desse passo que é possível observar se uma eventual conduta dolosa consiga usufruir bens ilícitos. Assim, aquele que envia dinheiro para país

exterior, já com a moeda convertida, é uma conduta efetiva de afastar bens e valores de sua origem ilícita.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **LAVAGEM DE DINHEIRO**: aspectos penais e processuais penais. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: Considerações sobre elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico 2**: parte geral 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONACCORSI, Daniela Villani. **A atipicidade do crime de lavagem de dinheiro**: análise crítica da Lei 12.684/12 a partir do emergencialismo penal. Editora Lumen Juris, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Manole, 2004.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Baraetti. **Lavagem de dinheiro**. Grupo Gen-Atlas, 2017.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico**. Editora Revan, 2004.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 3ª ed. Cap II,1, Rodolfo Tigre Maia, Lavagem de Dinheiro.

FREITAS, Ricardo de Brito. **Razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de "branqueamento" de capitais: introdução e tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001.

HERRERA, P. M; **Los delitos de blanqueo de capitales**. Madrid, Edersa, 2000.

JAKOBS, Günther; CONTRERAS, Joaquín Cuello. **Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. M. Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do direito penal. Livraria do Advogado Editora, 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal do nosso tempo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 153-159, 2005.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, L. S. D. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. 5. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. Editora Atlas, 2006.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal**: parte general, libro de estudio. 1990.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes. **Lavagem de dinheiro**: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Espanha, tomo 41. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=108>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. JM Bosch, 1992.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. CALLEGARI, André Luís Callegari; GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus et al. **Derecho penal**. Madrid: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrechts**. Berlin: De Gruyter, 1958.