

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



UFG
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS



PPGDP
Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.
- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?
- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutive do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A
SUA NECESSÁRIA IDENTIFICAÇÃO PARA A PROTEÇÃO DA ORDEM
CONSTITUCIONAL**

**THE LEGAL INTEREST IN THE CRIME OF MONEY LAUNDERING AND ITS
NECESSARY IDENTIFICATION FOR THE PROTECTION OF THE
CONSTITUTIONAL ORDER**

**Rhayssam Poubel de Alencar Arraes
Leonardo Ferreira dos Santos**

Resumo

O presente artigo visa analisar a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do presente delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo utiliza a pesquisa bibliográfica e o método indutivo para chegar à conclusão que o bem jurídico salvaguardado no presente contexto é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, Bem jurídico, Ordem constitucional, Garantias fundamentais, Ordem econômica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the nature of the legal interest protected in the crime of money laundering showing its importance for the protection of the constitutional order. It examines the structure of this present offense, its history, and the relationship with its object of protection. The article uses the bibliographical research and the inductive method to reach the conclusion that the legal interest protected in the present case is the economic order, which is translated in the protection of fundamental rights of the defendant and in the defense of the economy, both essential elements of the Brazilian constitutional order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Money laundering, Legal interest, Constitutional order, Fundamental rights, Economic order

INTRODUÇÃO

De todas as práticas delitivas que atualmente estão no proscênio do debate público destaca-se o crime de lavagem de dinheiro, o qual é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, movimentação ou propriedade de bens com a intenção de reinseri-los na economia formal com a aparência de licitude.

Tal prática possui consequências nefastas para a ordem econômica, uma vez que permite que o grande capital, por meio de empresas criminosas, utilize valores ilícitos imunes de impostos e encargos sociais para manipular o mercado. O resultado é a falência das empresas lícitas e o extermínio da concorrência gerando assim desemprego e o encarecimento de produtos e do custo de vida, sendo em última instância os mais pobres os mais afetados. Prioriza-se o lucro em detrimento da sociedade e das classes menos favorecidas.

A lavagem de dinheiro também se constitui em um grande incentivo à prática delitiva, uma vez que possibilita que os frutos do crime sejam utilizados na economia formal de forma aparentemente regular. Vislumbra-se a possível impunidade aliada ao alto ganho financeiro. Logo é clara e premente a necessidade de atuação para inibir tal prática. Entretanto, vivemos em um período de forte defesa do punitivismo e da relativização de direitos e garantias fundamentais, no qual o combate à lavagem de capitais pode ser utilizado como subterfúgio para a violação dos direitos do acusado no fito de se punir os criminosos.

Nesse contexto, o presente trabalho tem primeiramente por objetivo demonstrar a importância da teoria do bem jurídico em nosso sistema penal atual. Também objetiva-se analisar qual o bem jurídico protegido pelas normas que combatem a lavagem de dinheiro. Por último, pretende-se demonstrar a importância de sua identificação para a defesa da ordem econômica e das garantias constitucionais do acusado, as quais constituem elementos primordiais da ordem constitucional vigente.

Para responder a essa problemática central, foi utilizado o Método Indutivo de pesquisa, tendo por base a utilização de pesquisa bibliográfica.

O tema do presente artigo se justifica ao se constatar que as problemáticas aqui expostas constituem os dois lados de uma mesma moeda conectados por uma ideia central: a do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de capitais. Partimos da premissa que a correta identificação de tal bem jurídico permitirá a correta defesa da ordem econômica como também dos direitos fundamentais do acusado, ambos elementos essenciais da nossa Ordem Constitucional.

1 . CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO

Para a doutrina predominante no Brasil e no estrangeiro, a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Tal conceituação advém das lições do jurista alemão Claus Roxin, o qual afirmava que uma norma jurídica que não protegesse bens jurídicos não seria uma norma legítima. (ROXIN, 2006, p.51).

Essa atribuição protetiva de bens jurídicos dada ao Direito Penal teve início com Birnbaum em 1834. Muito embora antes dele Feuerbach já afirmasse que o Direito Penal tinha por fim proteger direito subjetivos, uma vez que o delito significava uma lesão de um direito subjetivo alheio. (GRECO, 2018, p.3).

A escolha dos bens jurídicos que serão protegidos é uma escolha política que reflete a realidade social na qual o ordenamento jurídico está inserido, uma vez que a medida que a sociedade evolui essa passa a valorizar certos bens e a retirar o status de bens essenciais de outros bens jurídicos. A partir do momento que a tutela penal já não mais se faz necessária ela deve se afastar e permitir que os demais ramos do direito protejam aquele determinado bem jurídico.

Interessante notar que a escolha dos bens jurídicos deve balizar se na Constituição Federal, uma vez que essa protege bens de tal magnitude que jamais poderiam ser obliados pelo direito penal. A exemplo da liberdade, segurança e bem estar social. O direito penal como manifestação mais violenta do poder repressivo do Estado não pode jamais se afastar dos pressupostos éticos, sociais e econômicos constituintes da nossa sociedade. (COPETI, 2000, p. 137-138).

Mas importante ressaltarmos que não é necessário um bem jurídico estar previsto na Constituição para ter importância jurídico-penal, ao contrário do que pregam as teorias constitucionalistas, que a grosso modo, defendem que a Lei Maior deve ser o limite para a fixação do conceito do bem jurídico-penal. Na lição de Luis Greco basta que o bem jurídico seja compatível com os princípios da Carta Magna.

A constituição também tem um papel de limitador do poder punitivo do estado ao proibir a penalização de direitos constitucionalmente tutelados, como o direito de associação e a liberdade de expressão, e ao proibir criminalizações que não afetem um bem jurídico.

E ao defender tal posicionamento automaticamente se defende também o princípio da lesividade ou da ofensividade, segundo o qual para que haja a tutela do direito penal, é necessário que exista a comprovação de lesão a um bem jurídico relevante.

Este princípio encontra-se implícito em nossa Constituição Federal, porém podemos também dizer que ele está fundamentado em nosso Código Penal (1940), mais precisamente em seus artigos 13 e 17.

Tal proteção se dá a partir da cominação, aplicação e execução da pena, sendo essa ultima simplesmente o instrumento de coerção que se utiliza o Direito Penal para a proteção de bens jurídicos.(BATISTA, 2007, p.116)

Interessante notar que os bens jurídicos podem ser individuais, ou seja referentes a um único indivíduo, ou coletivos, que são aqueles que transcendem a figura de uma única pessoa e interessam a toda coletividade. Para que um bem jurídico seja considerado verdadeiramente coletivo ele deve ter essa característica difusa, a exemplo da administração da justiça e da ordem econômica, como veremos a seguir no presente artigo quando tratarmos do bem jurídico protegido pelas normas de combate a lavagem de dinheiro.

Feita essa breve explanação torna se premente a definição do conceito de bem jurídico, conceituação extremamente controvertida. A doutrina tradicionalmente enxerga como bem jurídico as realidades/ dados/ finalidades da vida social que sejam importantes para a realização pessoal dos indivíduos, o que também explicaria em parte a mutação ao longo da história do que seriam bens jurídicos tutelados dada a mencionada evolução pela qual as sociedades passam.

Observando-se a doutrina pátria e internacional, verifica-se a dificuldade de conceitua-lo de forma precisa.

Juarez Tavares (2002, p. 181) nos adverte o seguinte:

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

Para Luiz Regis Prado (2014, p. 225) “o bem jurídico penal é um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.”

Claus Roxin (ROXIN, 2009, p. 16), em sua visão constitucionalista, nos traz a concepção de que bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.”

Faz-se necessário tratarmos nesse momento de algumas das inúmeras funções atribuídas ao bem jurídico, que na visão de Luiz Regis Prado (REGIS PRADO 1997, p. 48) são tidas como mais relevantes. São elas: *Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado*, *Função teleológica ou interpretativa*, *Função individualizadora* e *Função sistêmica*.

A função de garantia é aquela que limita o *ius puniendi* estatal. Como explicado no tópico sobre o *princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*, só haverá tipificação das condutas tidas como mais graves, que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos. Esta função tem caráter claramente político-criminal. É ela que limita o legislador no momento da produção da norma penal.

Segundo a função teleológica ou interpretativa, para que se interprete determinada norma penal, é necessário que se atente para o bem jurídico protegido por ela. Desta maneira, o bem jurídico constitui importante instrumento de interpretação, levado em conta como elemento central do núcleo da norma e do tipo.

O grau de ataque ao bem jurídico protegido deve ser levado em conta no momento da condenação. A função individualizadora segundo Regis Prado, funciona “como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico” (PRADO, 1997, p. 49).

A função sistêmica é aquela que trata do critério de organização e classificação dos tipos penais na parte especial do Código Penal. É feita de forma sistemática, facilitando a estruturação do sistema Penal.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos situa-se como alicerce do Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito. A posição majoritária da doutrina da dogmática penal, na atualidade, é de que o Direito Penal cumpre a função de tutela dos bens e valores sociais fundamentais indisponíveis para a vida em sociedade, diante dos constantes conflitos da contemporaneidade.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006, p. 99) “o Direito Penal não serve para a tutela da moral, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc.; sua missão é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes”.

Neste sentido:

O bem jurídico penal é um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. É entidade dotada de substância real e peculiar, valorada e adstrita ao homem como ser social. Consubstancia um valor, um sentido (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO G., 2014, p. 225).

Para Claus Roxin (2009, p. 16) os bens jurídicos são:

Circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

Como exemplos de bens jurídicos relevantes podemos citar a vida, integridade física, patrimônio, liberdade individual, liberdade sexual etc.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos exige que tanto uma figura delitiva quanto a conduta concreta do agente, apresente *lesão* ou *perigo de lesão* ao bem jurídico, sendo assim o referido princípio engloba os conceitos de ofensividade e lesividade que serão abordados a seguir.

De acordo com o artigo 13 do Código Penal (1940), não há crime sem resultado, porém há dois critérios para analisar o resultado, o *naturalístico* e o *jurídico*. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 120) o resultado naturalístico “é a modificação sensível do mundo exterior.

O evento está situado no mundo físico, de modo que somente se pode falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos”. Já o resultado jurídico, é a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado”. Com efeito,

conclui-se que o *resultado* do referido diploma legal se refere ao critério *jurídico*, não podendo se tratar do *naturalístico*, pois nesse sentido, o resultado nos crimes de mera conduta não se verificariam.

O artigo 17 do Código Penal (1940) trata sobre a não punição de crime impossível, pois este não coloca em perigo nenhum bem jurídico. Nos dizeres de Nucci (2014, p. 173) “no caso da tentativa inidônea, o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é inteiramente impróprio”.

Para Nilo Batista (2007. pp. 92-95) o princípio da ofensividade, mencionado anteriormente, apresenta quatro principais funções.

Sendo elas: *Primeira: proibir a incriminação de uma atitude interna*, no sentido de que convicções e desejos humanos não podem fundamentar o tipo penal. *Segunda: proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor*, ou seja, não se pune os atos preparatórios. *Terceira: proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais*, aqui exige-se a punição do fazer e não do ser. *Quarta: proibição de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico*, referente ao “direito à diferença”, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados.

Evidentemente que a teoria do bem jurídico recebeu várias críticas ao longo dos anos, sendo que a maior versa sobre a dificuldade de definição de seu conceito material. Como estudado em tópicos anteriores, a doutrina da dogmática penal ainda não chegou em um consenso da definição de bem jurídico. Seria impossível apresentar um conceito que abrangesse todos os bens que podem ser violados.

Outra crítica à teoria em questão, é a de que ela não se adaptaria ao novo panorama trazido pelos bens jurídicos supraindividuais. Nesses casos os princípios penais clássicos limitadores da atividade estatal não teriam aplicação fidedigna. Existe o argumento de que se a proteção de bens jurídicos atua como limite ao poder punitivo estatal, não deveria ela criminalizar os casos relativos a bens supra individuais.

A teoria do bem jurídico também recebe reprovação por parte da doutrina em relação ao fato de existir incriminações sem bem jurídico. A maior parte da doutrina não reconhece a existência de leis penais que não protejam bens jurídicos, como é o caso da crueldade contra animais. Incriminações sem bem jurídico seriam uma afronta ao princípio da intervenção mínima.

Luís Greco (2004, p. 111) ao tratar do assunto nos diz:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.

Apesar de sofrer várias críticas, a teoria do bem jurídico se encontra fortemente enraizada em nosso ordenamento e segue sendo aplicada sem qualquer esvaziamento. E muito embora haja tais críticas, faz-se necessário lembrar que as consequências positivas da teoria do bem jurídico residem na possibilidade de se retirar do ordenamento jurídico normas que sejam tidas como ilegítimas, ou seja, normas que não violam bem jurídico algum.

Tal função garantia do bem jurídico é primordial para a construção de uma sociedade democrática e justa pois impede normas draconianas e injustas como as que criminalizam condutas que vão de encontro com uma moral estabelecida socialmente (exemplo: punir relacionamento homossexual), impede normas que punam a mera violação de um dever (exemplo: dever de agir do proprietário de automóvel de emplacar o seu veículo), impossibilita proibições meramente ideológicas, impede a punição de um modo de ser e inibe a punição de bens jurídicos cuja proteção não seja considerada fundamental.

Portanto, podemos concluir que o bem jurídico possui uma função essencial para a proteção de garantias constitucionais dos indivíduos, uma vez que é sobre esse que está alicerçado o Direito Penal moderno, o qual é tido como um “direito penal do fato”. Ou seja, a violação de um bem jurídico se materializa por meio de condutas, e o direito penal moderno é um direito que vem justamente para regular tais condutas e impedir aquelas que sejam lesivas aos bens jurídicos tutelados.

Frontalmente o direito penal moderno se opõe ao modelo mais autoritário do “direito penal do autor”, o qual tem por escopo punir determinadas pessoas. Tal modelo está dissociado da proteção de bens jurídicos específicos e pode abrir margem para a violação de garantias. No caso específico do crime de lavagem de dinheiro, em um contexto de aumento gradativo do punitivismo e de um ativismo político judicial exacerbado que busca incessantemente por culpados, isso pode vir a se tornar uma praxe que abala os fundamentos primordiais sobre os quais residem o nosso atual estado democrático de direito

2. BREVE HISTÓRICO DO COMBATE AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A SUA RESPECTIVA ESTRUTURA

Um grande número de atos criminosos tem por objetivo gerar lucro para o indivíduo ou grupo que realiza a conduta. A lavagem de dinheiro é o meio pelo qual esses indivíduos disfarçam a origem ilícita desses valores, com o fim de poder aproveitá-los sem o comprometimento de sua fonte (FATF-GAFI, s.d)¹. Segundo o COAF (s.d)² a lavagem de dinheiro “é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal.”

A expressão *Lavagem de Dinheiro* se tornou amplamente conhecida através do termo *Money Laundering*, que foi exaustivamente divulgado em manchetes da imprensa dos EUA, em matérias sobre a ocultação de dinheiro de grupos mafiosos. Este termo é conhecido em Portugal como *Branqueamento de capitais*; na Itália como *Riciclaggio del Denaro*; na França, *Blanchiment d'Argent*; na Espanha, *Blanqueo de Dinero* (BITTENCOURT, 2016, p. 441).

Cabe destacar que a lavagem de dinheiro (reciclagem ou branqueamento de capitais) não é um fenômeno novo, porém, começou a se manifestar de maneira crescente no mundo jurídico, através do progressivo aumento do tráfico internacional de drogas, o que consequentemente trouxe demandas por criminalização (PRADO, 2016, p. 513).

Em 1988 acontece a Convenção das Nações Unidas de Viena, realizada na Áustria, sendo “possivelmente o mais significativo passo ao combate das atividades de lavagem de dinheiro” (BRAGA, 2013, p. 49). Segundo Marco Antônio Barros (2007, p. 43) a convenção em comento foi o ponto de partida para o surgimento das legislações antilavagem de dinheiro e tinha como propósito discutir sobre uma política contra o tráfico de drogas. O Brasil foi signatário deste tratado multilateral e ficou comprometido a tipificar a lavagem de dinheiro, com o fim de prevenir o crescimento do tráfico de entorpecentes, sendo que, os termos da Convenção de Viena foram ratificados conforme o Dec. 154, de 26.06.1991 (BARROS, 2007, p. 43).

¹ O Grupo de Ação Financeira Internacional (The Financial Task Action Force) ou FATF-GAFI é um órgão intergovernamental criado em 1989 pelos ministros de suas jurisdições membros. Os objetivos do GAFI são estabelecer padrões e promover a implementação efetiva de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional. O GAFI é, portanto, um “órgão de formulação de políticas” que trabalha para gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nacionais nessas áreas. (FATF-GAFI, s.d.)

² O Coaf, órgão criado no âmbito do Ministério da Fazenda, foi instituído pela Lei 9.613/98 e atua eminentemente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (BOTTINO, TELLES, 2018, p. 131 – 176).

Em 12.12.1988 foi aprovada a chamada Declaração dos Princípios da Basileia, através de um documento intitulado *Prevenção do uso ilícito do sistema bancário para atividades de lavagem de dinheiro* (BRAGA, 2013, p. 45-46). Segundo Romulo Rhemo Paliot Braga (2013, p. 45-46), essa declaração foi criada pelo Comitê sobre Regulamentação e Práticas de Controle das Operações Bancárias, que era composto pelos Bancos Centrais e autoridades de controle dos países-membros do grupo dos Dez³, após a reiterada utilização das instituições financeiras como instrumento do crime de lavagem de capitais.

Cabe destacar ainda que a Declaração da Basileia não gerava obrigações legais, dependendo ainda, das leis de cada país. Sendo assim, o referido diploma tinha por objetivo determinar procedimentos para gestores de bancos, com a finalidade de conter o aumento da prática da lavagem de dinheiro através dos sistemas bancários nacionais e internacionais (BRAGA, 2013, p. 46).

Nos dizeres de Marcelo Batlouni Mendroni (2018, p. 61) algumas das regras de controle para prevenção da lavagem seriam: “visão gerencial e formação de uma cultura de controle; avaliação e risco; efetivação das atividades de controle, informação, comunicação e monitoramento; avaliação dos sistemas de controles internos por parte das autoridades legalmente designadas com poderes de supervisão.

Em 1994, na primeira “Cúpula das Américas”, em Miami, foi exposta aos Estados-membros da OEA a necessidade da ratificação da Convenção de Viena e tipificação do delito de lavagem de dinheiro. A “Cúpula das Américas” veio ainda a ocorrer em Buenos Aires (Argentina - 1995) e Santiago (Chile – 1998). Neste período a Organização dos Estados Americanos criou Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (Cicad) (MENDRONNI, 2018, p.62). Desde então a OEA e o Cicad trabalharam juntos para definir um meio efetivo de combater as práticas criminosas ligadas ao tráfico de entorpecentes, como por exemplo, a lavagem de dinheiro (MENDRONNI, 2018, p.62). Destes esforços, em 23 de Maio de 1992, foi aprovado pela OEA o “Regulamento-modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e outros Delitos Graves”, que foi elaborado pelo Cicad.

Surge em 1989 o Financial Action Task Force (FAFT), ou Grupo de Ação Financeira (GAFI), que atua no combate ao branqueamento de capitais no âmbito das Nações Unidas

³ Em 1975, foi criado este comitê pelos presidentes dos Bancos Centrais do “Grupo dos Dez” países mais industrializados do mundo, integrado por autoridades em Supervisão Bancária de doze países: Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos, participando também da Comunidade Europeia. Esta organização adota o nome de “Comitê de Basileia para Supervisão Bancária” (MARTINEZ apud BRAGA, 2013, p. 45).

(MENDRONNI, 2018, p.63). O FAFT publicou em 1990 quarenta recomendações para o combate deste delito, sendo que em 1996 elas foram atualizadas para acompanhar as tendências e evoluções desta modalidade de crime. (MENDRONNI, 2018, p.63).

Já no âmbito da América Latina, surge o Carebean Fincancial Action Task Force (CFAFT), em 1990, na “Conferência do Caribe sobre Lavagem de Dinheiro Proveniente das drogas”, que possuía as mesmas quarenta recomendações do FAFT, porém, com mais vinte e um tópicos adicionais. (MENDRONNI, 2018, p.62).

Ocorre que, mesmo com todas estas recomendações internacionais, o diploma legal brasileiro só veio a ser promulgado em 3 de março de 1998, através da Lei 9.613, quase sete anos depois da ratificação da Convenção de Viena. E somente após a edição da referida norma que o “Brasil efetivamente aderiu aos esforços de outros países hemisféricos, com os quais passa a trocar informações e a prestar mútuo auxílio na prevenção e repressão a este tipo de criminalidade” (BARROS, 2007, p. 43).

Na grande maioria da doutrina, existe um consenso de que exista pelo menos três fases fundamentais no processo de lavagem de dinheiro (BITTENCOURT, 2016, p. 441). São elas; colocação ou inserção (placement), dissimulação ou ocultação (layering) e integração ou reciclagem (integration) (IDOWU & OBASAN, 2012, p. 369).

Neste sentido:

A. Quien ha obtenido una importante suma de dinero por la venta de droga, lo primero que querrá es sacar el maletín con el dinero de debajo de su cama. Y para ello su principal deseo será **colocar el dinero** en un banco, para lo que se podrá valer de terceros que pongan a su disposición sus cuentas, o de empleados a los que corrompa con tal fin, o de entidades que le protejan con el secreto bancario. Otra alternativa será depositar el capital en una cuenta de mercado para su inversión en bolsa, o situarlo en un negocio donde sea usual el pago en efectivo (de hostelería, por ejemplo), o adquirir una joya y guardarla en una caja fuerte.

B. El lector ya habrá adivinado que lo anterior no servirá de mucho al blanqueador si no lo acompaña de alguna estrategia dirigida a **ocultar el origen** del dinero y su propia identidad como titular del mismo. Querrá mover con inmediatez el dinero depositado o el bien adquirido, mediante sucesivas transacciones a nuevos productos o a nuevos titulares controlados por él.

C. Pero en última instancia lo que querrá el blanqueador es **disponer** de sus nuevos activos patrimoniales con sello de licitud. Y para ello comprará billetes de lotería premiados (y pasará la suciedad al premiado), o adquirirá un inmueble a un precio inflado a través de una sociedad interpuesta para luego venderlo y recibir un sobreprecio legitimado, o incluirá como ingresos de su negocio de hostelería los

capitales sucios que ostentaba, o se prestará dinero a sí mismo a través de una empresa creada por él, o creará una sociedad de servicios que preste asesoramientos tan caros y sofisticados como inexistentes, o comprará un elevado número de fichas en un casino que luego canjeará por dinero como si fuera un jugador afortunado (LASCURAÍN in BARRANCO et al., 2018, p. 497).

Na etapa da colocação “[...] utilizam-se as atividades comerciais e as instituições financeiras, tanto bancárias, como não bancárias, para introduzir montantes em espécie, geralmente divididos em pequenas somas, no circuito financeiro legal” (MENDRONI, 2018, p. 74). Desta maneira, o infrator pode buscar inserir seu capital em países que possuem sistemas financeiro mais liberais, além de distribuir os valores advindo do crime de maneira fracionada e geralmente fazendo uso de dinheiro “vivo”. Com essa tática dificulta-se e muito a investigação e o rastreamento da origem do dinheiro.

A dissimulação, por sua vez, “corresponde ao acúmulo de investimentos com os quais se procura maquiar a trilha contábil (ou trilha do papel – *paper trail*), ou seja, disfarçar o caminho percorrido pelos ativos provenientes do crime antecedente” (BARROS, 2007, p. 48). Neste momento, mais uma vez, os criminosos procuram países com sistema financeiro mais permissivo e com, por exemplo, leis que assegurem o sigilo bancário. Assim, ocorre a transferência massiva (porém fracionada) de valores, onde são efetuadas várias movimentações, enviando ativos para contas anônimas, contas de empresas de fachada ou contas de “laranjas”.

Na última fase, a “*integração, conversão ou reciclagem (integration)* –, objetiva-se a reintrodução do dinheiro reciclado ou lavado na economia legal (ex: aquisição de bem, empréstimo) (PRADO, 2016, p. 519). Os criminosos nesta etapa podem aplicar o dinheiro advindo de práticas ilegais em empreendimentos. O que é muito comum, é que se formem cadeias e sociedades de empresas, com o único intuito de integrar o dinheiro ilícito. Desta maneira, quanto maior for esta corrente difícil se torna descobrir a origem ilegal do capital.

Segundo o COAF os setores da economia mais visados no processo da lavagem de dinheiro são: **Instituições financeiras** – Elas se interligam mundialmente e apresentam uma velocidade de circulação de dinheiro muito grande. Isso ocorre devido ao desenvolvimento tecnológico e ao processo de globalização das economias mundiais, fazendo com que seja possível a mistura de dinheiro “sujo” com quantias enormes de dinheiro movimentado legalmente, favorecendo o processo de dissimulação da origem ilegal do capital.

Paraísos fiscais – São os países que apresentam legislações que propiciam o delito de branqueamento de capitais. Eles agem como um “escudo de sigilo” na maioria das vezes, possuem leis que assegurem o segredo bancário e possuem regras em seu sistema financeiro mais liberais.

Centros *off-shore* – São centros bancários ou empresas com a característica de serem extraterritoriais e não se submeter ao controle de autoridades.

Bolsa de valores – Facilitam a reciclagem de dinheiro devido as suas característica próprias de permitirem negócios internacionais, possuir grande liquidez, as transações são feitas em período de tempo pequeno e através de um corretor, etc.

Companhias seguradoras – Pelo fato de os acionistas poderem “usar seu poder de deliberação realizando investimentos que possibilitem a prática de lavagem de dinheiro, ... os segurados, por sua vez, podem lavar recursos mediante a apresentação de avisos de sinistros falsos ou fraudulentos ...” (COAF, s.d.).

Mercado imobiliário – “Por meio da transação de compra e venda de imóveis e de falsas especulações imobiliárias, os agentes criminosos lavam recursos com extrema facilidade, principalmente se eles utilizam recursos em espécie” (COAF, s.d.).

Jogos e sorteios – Aqui os criminosos fazem uso de bingos, loterias, apostas em esportes, etc, para dar aparência legítima ao dinheiro oriundo de delitos. Desta maneira, eles manipulam os resultados, as premiações e muitas vezes acabam por não se importar em perder uma parte dos recursos ilícitos para que no fim consigam reciclar uma quantidade justificável de dinheiro.

3. O BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Anteriormente vimos uma explanação sobre a teoria do bem jurídico e em seguida a definição do que é o crime de lavagem de dinheiro. No presente artigo propomos que a correta identificação do bem jurídico protegido pelas normas que combatem a lavagem de capitais é de vital importância para a manutenção das garantias constitucionais do acusado e para impedir arbítrios por parte do poder punitivo do Estado, além de salvaguardar a ordem econômica. Ambos elementos primordiais de nossa ordem constitucional. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2018).

A doutrina brasileira atualmente encontra sede constitucional para o princípio da lesividade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio

impede a reificação do ser humano tendo em seu cerne a ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo, logo só se pode restringir um bem jurídico de uma pessoa em prol dela mesma. Ou seja, as normas penais podem proteger bens e valores individuais (vida, patrimônio, honra, etc..) ou coletivos (ordem econômica, administração da justiça, etc...) mas sempre de uma perspectiva antropocêntrica, sempre com o objetivo final de preservar as condições ideais para o desenvolvimento do ser humano e o exercício de sua liberdade de autodeterminação. (BADARÓ, 2016).

É exatamente essa liberdade de autodeterminação, tendo como elemento inerente o conceito de bem jurídico, que remove da seara penal as meras imoralidades, já mencionadas anteriormente, por não serem capazes de afetar a dignidade humana.

No campo da lavagem de dinheiro, a definição do bem jurídico protegido pela norma penal tem importância primordial, pois a depender da posição firmada, a natureza do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a até mesmo a extensão dos elementos necessários a tipicidade serão alterados. E isso afetará diretamente o acusado, seja pelo crime que ele será acusado, seja pela pena que ele poderá vir a receber, seja pelo risco do mesmo ser punido em bis in idem em determinados casos. (BADARÓ, 2016).

Portanto a definição correta do bem jurídico protegido pelas normas de combate a lavagem de dinheiro está diretamente ligado a proteção da ordem constitucional ao versar sobre garantias fundamentais do indivíduo.

Feita essa análise preliminar podemos passar para o estudo do bem jurídico em si protegido pelas de lavagem de dinheiro, tema que está entre os mais polêmicos acerca dessa lei.

Para Gustavo Badaró existem três correntes acerca do bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro.

A primeira corrente vê o bem jurídico lesado no crime antecedente como o mesmo lesado pela lavagem de dinheiro. Por exemplo, nos primórdios das leis contra lavagem de dinheiro o bem jurídico considerado protegido era a saúde pública, em decorrência das leis contra lavagem de dinheiro estarem atreladas ao combate contra o tráfico de drogas no passado.

Tal posicionamento doutrinário é o mais compatível com a exigência de um rol detalhado e fixo de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro. O legislador necessitaria indicar com precisão o rol de produtos laváveis. Lembrando que a indicação genérica de qualquer crime como antecedente impossibilita a identificação dos bens jurídicos afetados por estes e pelo ato de branqueamento de capitais. (BADARÓ, 2016).

Quanto a esse posicionamento existem diversas críticas na doutrina. Primeiramente se critica a legitimidade da criminalização de uma conduta que incide sobre um bem jurídico já protegido por uma conduta anterior. Pois se o bem jurídico protegido pela lavagem de dinheiro é o mesmo que foi lesionado pela conduta anterior haveria bis in idem.

Poderia se argumentar aqui que a punição da lavagem de dinheiro apenas olha para a afetação futura de bens jurídicos similares, porém tal ideia não se sustenta em um direito penal da culpabilidade, cuja legitimidade da punição está diretamente ligada a relação do autor com o ato praticado. (BADARÓ, 2016).

Justificar a pena em um ato futuro do agente, fora de seu controle imediato, fere os preceitos de um direito penal que limita a responsabilidade penal ao autor do delito e fere gravemente as garantias constitucionais previstas no Art 5º da Constituição Federal uma vez que essa punição em perspectiva, por possíveis atos futuros, movimenta o aparato repressivo do Estado diante de uma mera potencialidade.

Uma segunda crítica se faz quanto a construção da política criminal de combate à lavagem de dinheiro. Isso decorre da preocupação que as investigações quanto ao delito antecedente contaminem as investigações quanto aos atos de encobrimento dos bens dele procedentes. A ideia da identidade dos bens jurídicos tutelados é contrária a ideia de autonomia da lavagem de dinheiro, verificada nos mais diversos lugares do ordenamento jurídico ao ponto da lei brasileira indicar expressamente que bastam indícios da infração precedente para o recebimento da denúncia por lavagem de dinheiro (Art 2º, §1º, da Lei 9.613/1998) e mencionar a possibilidade de condenação por este crime na ausência do julgamento do crime antecedente.

Uma segunda corrente vê o bem jurídico protegido como a administração da justiça. Nessa toada, o crime teria as características do favorecimento (arts 348 e 349 CP), uma vez que tal comportamento afetaria a capacidade da justiça de auferir quem cometeu determinados delitos, atrapalhando também suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito.

A lavagem de dinheiro é aqui enxergada como um subterfúgio que não lesiona o bem jurídico tutelado mas coloca em risco a operabilidade da justiça. É o posicionamento defendido pelo Dr Gustavo Badaró, o qual vê que ao considerarmos a administração da justiça como o bem jurídico tutelada permitiríamos maior autonomia a lavagem de dinheiro e ao crime antecedente. (BADARÓ, 2016, p.85)

Também tal posicionamento permitiria superar a vedação do concurso material nos casos de identidade de agentes na prática da lavagem de dinheiro e do crime antecedente, a

chamada autolavagem. Interessante notar que na Suíça, por exemplo, o bem jurídico tutelado é a administração da justiça na medida em que visa suplementar a eficiência na apuração e punição das infrações penais que reconhecidamente afetam a ordem pública mas não conseguem autonomamente dar uma resposta adequada a administração da justiça. Portanto a criminalização do branqueamento de capitais surge como uma ferramenta para potencializar a aplicação da justiça em relação aos crimes anteriores. (MENDRONI, 2018, p .101).

Entretanto, tal posicionamento tem suas críticas. Por exemplo, para alguns autores os crimes contra a administração da justiça exigiriam o dolo de afetar tal setor, elemento em regra inexistente na lavagem de dinheiro.

Por último há a corrente doutrinária que enxerga o bem jurídico aqui tutelado como a ordem econômica. Tal posicionamento é o que defendemos no presente artigo. Os atos de encobrimento de capital representam um elemento de desestabilização econômica, afetando mercados, a transparência e a livre concorrência, essa última um bem constitucionalmente tutelado.

Faz-se aqui necessário trazer ao prosicênio da presente exposição que a ordem econômica é conceituada tanto em um sentido amplo como em sentido estrito. No primeiro, a ordem econômica seria a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. Já no segundo, mais específico, seria a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia. (FERNÁNDEZ e BAGACIGALUPO, 2010)

Nosso posicionamento aqui presente se deve ao fato da quantidade astronômica de dinheiro lavado no mundo inteiro causar um impacto brutal na ordem econômica, a exemplo de empresas regulares que perdem competitividade perante aquelas que se utilizam de fundos provenientes de ações criminosas para cometerem outros crimes como formação de cartel, *underselling*⁴ e *dumping*.⁵ A falência de tais empresas regulares gera desemprego, desequilíbrios concorrenciais, etc.. além disso o branqueamento de capitais resulta no incentivo a práticas delitivas e de corrupção, uma vez que o delinquente poderia vislumbrar a possibilidade de ganhos consideráveis caso realizasse seu intento criminoso. (MENDRONI, 2018, p. 101). O capital ilícito colocado dentro da economia formal também gera lesões ao sistema econômico por ser livre de impostos, dos ônus da legislação trabalhista, e de outros encargos.

⁴ Ação de vender mercadoria no mercado interno com um preço abaixo de custo, visando assim eliminar a concorrência.

⁵ Ação de exportar mercadoria abaixo do preço de custo visando a eliminação da concorrência.

Uma das vantagens em tela de tal posicionamento é a exclusão da necessidade da criação de um rol de crimes antecedentes, uma vez que o bem jurídico protegido pela norma penal seria a Ordem Econômica, mais precisamente a livre concorrência definida como “*a liberdade que os agentes tem de atuar na atividade econômica, assegurada a liberdade de competição, na chamada economia de mercado*”. (EROS GRAU, 2004).

A conceituação do bem jurídico na lavagem de dinheiro como a ordem econômica nos permite melhor identificar o autor de tal prática delitiva, assim evitando arbítrios contra o acusado de ter cometido a infração de lavagem de capitais. Sabendo se qual é o bem jurídico tutelado, será possível definir corretamente a pena que incidirá sobre o crime cometido. Também a escolha da Ordem Econômica como bem jurídico tutelado permite a melhor defesa da ordem econômica constitucional, bem jurídico tutelado pela Constituição Federal em seu Art 170, IV.

É hialino o potencial protetivo de diversos valores consagrados em nossa Ordem Constitucional pela correta conceituação do bem jurídico tutelado aqui presente. A exemplo do contraditório e da ampla defesa (Art 5º, LV, CF), afinal apenas sabendo se qual foi o bem jurídico e a conduta praticada pode o agente se defender adequadamente, o devido processo legal (Art 5º, LIV, CF), uma vez que tendo sido o bem jurídico corretamente definido inibe se a insegurança jurídica e o espaço para o arbítrio judicial, etc...

Também é visível os efeitos socialmente positivos de tal conceituação dogmática sobre o crime de lavagem de dinheiro. Ao se proteger a Ordem Econômica evita se que o capital tenha hegemonia sobre os destinos da nação, protegendo os mais pobres que são diretamente afetados pelos desequilíbrios da ordem econômica. É o mais humilde que em primeiro lugar sofre com as consequências anteriormente citadas, como o desemprego e o encarecimento do custo de vida.

CONCLUSÃO

Vivemos uma era onde a lavagem de capitais é cada vez mais comum dado o aprimoramento de suas técnicas e o surgimento de novas tecnologias e meios que facilitaram a sua prática. A possibilidade de se poder sair impune com os frutos da prática delitiva é extremamente atrativa para aqueles que se inclinam a prática de crimes. Portanto o seu combate torna se evidente e urgente.

Conforme a presente pesquisa, ficou demonstrada a importância do conceito de bem jurídico em nosso sistema penal atual e para a correta aplicação das normas que visam coibir

a lavagem de dinheiro. Tal conceito está diretamente ligado a pena que será aplicada ao indivíduo, aos crimes conexos com o branqueamento de capitais e a própria definição do crime em si.

O presente artigo versou sobre o histórico do combate a lavagem de capitais e sobre a estrutura do delito em si, sendo que em um segundo momento o relacionou com os vários posicionamentos doutrinários sobre a natureza do bem jurídico protegido pelas normas que visam coibir tal prática delitiva. Ao final chegou se a conclusão que o bem jurídico tutelado no presente caso é a ordem econômica.

Ficou provado que a identificação do bem jurídico nos crimes de lavagem de dinheiro é de essencial importância para a proteção da ordem constitucional ao permitir o respeito as garantias fundamentais do acusado e a preservação da ordem econômica prevista na Constituição Federal.

Restou de forma hialina a importância do tema aqui presente, seja para o aperfeiçoamento das normas de combate a lavagem de dinheiro, ou seja pela demonstração do papel primordial que o conceito de bem jurídico possui para a proteção da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

BARRANCO, Norberto J. De La Mata; GÓMEZ-ALLER, Jacobo Dopico; SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascurían; MARTÍN, Adán Nieto. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Madrid: Editorial Dykinson, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012/** Gustavo Henrique Badaró, Pierpaolo Cruz Bottini; prefácio Maria Thereza Rocha de Assis Moura – 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINO, Thiago; TELLES, Christiana Mariani da Silva. Lavagem de dinheiro, Bitcoin e regulação. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Vol. 148, out. 2018.

COPETI, André. Direito penal e estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COAF. **Cartilha**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2005/cartilha.pdf/view>. Acesso em: 6.fev. 2019.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo; BACIGALUPO, Silvina Saggese. **Derecho Penal Económico**. 2ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Parte Geral – Introdução**. 3. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, Jul/ago. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, v.1. 20.ed. – Niteroi, RJ: Impetus, 2018

IDOWU, Abiola; OBASAN, Kehinde A. Anti-Money Laundering Policy and its Effects on Bank Performance in Nigeria. **Business Intelligence Journal**. vol.5, no.2 [S.I.]: July, 2012. Disponível:https://www.researchgate.net/publication/309458514_ANTIMONEY_LAUNDERING_POLICY_AND_ITS_EFFECTS_ON_BANK_PERFORMANCE_IN_NIGERIA . Acesso em: 8. nov. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: R.dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General**. 2ed. Madrid: Thomson/ Civitas, 2006.t.I.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THE FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **What is Money Laundering?** Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223> . [s.d] Acesso em: 7. nov. 2018.