

# Teorias orientadoras do bem jurídico-penal na lavagem de capitais



## Fernando França Magri

Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP, sob a orientação do Professor Livre-Docente Vicente Greco Filho. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado criminalista. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola Superior de Advocacia – ESA. Coordenador acadêmico do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Ciências Criminais da Escola Paulista de Direito – EPD, sendo professor nessa mesma instituição.

**RESUMO:** O presente trabalho acadêmico se direciona ao estudo das teorias que contemplam o bem jurídico-penal no tipo penal da lavagem de capitais, previsto na Lei nº 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, com a formulação de objeções e apontamento de contribuições de cada uma das vertentes teóricas, com o propósito de se estabelecer um quadro teleológico deste instituto. Para garantir uma coerência à conclusão final, o estudo descerra seu programa abordando os modelos constitucionais de Estado e a função fundamental do Direito Penal, trazendo também considerações conceituais e de desenvolvimento acerca de bem jurídico-penal. Finalmente, tem-se formado um cenário propício para que sejam compulsadas as nuances de cada uma das propostas teóricas edificadoras da contextualização do bem jurídico-penal no crime de lavagem de capitais, com o fito de se determinar a que mais se adapta, do ponto de vista teleológico, a esta norma penal, haja vista a relevância de sua definição para tantas outras questões inerentes à análise da tipicidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Função do Direito penal. Bem jurídico-penal. Lavagem de capitais.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado. 2.1 Concepção de Estado. 2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito. 2.3 Estado Democrático de Direito. 3 Função do Direito Penal e a teoria do bem jurídico. 3.1 Função precípua do Direito Penal moderno. 3.2 Conteúdo da teoria do bem jurídico-penal. 3.2.1 Críticas à teoria do bem jurídico-penal. 4 Bem jurídico-penal na lavagem de capitais. 4.1 Identidade de bens jurídicos entre o crime antecedente e a lavagem de capitais. 4.2 Elevação da administração da Justiça à condição de bem jurídico-penal. 4.3 Consideração da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal da lavagem de capitais. 4.4 Pluriofensividade do crime de lavagem de capitais. 4.5 Análise do Direito Comparado. 5 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

O presente trabalho acadêmico apresenta a proposta de fornecer elementos sólidos para um debate acerca das teorias que contemplam o bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal da lavagem de capitais, com uma exposição pormenorizada da essência caracterizadora de cada uma das vertentes teóricas, sem olvidar a colocação de considerações críticas acerca das objeções e contribuições depreendidas de cada um destes programas.

Trata-se, por certo, de um dos temas de maior controvérsia no contexto do estudo do crime de lavagem de capitais, haja vista a ausência de pacificidade acerca da matéria, sobretudo após o advento da Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1998, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, deixando esta de ter um rol fechado e taxativo dos crimes antecedentes, que, agora, pode ser qualquer infração penal, entre outras alterações e inclusões de conteúdo.

Com efeito, em matéria de lavagem de capitais, definições acerca da elasticidade dos elementos subjetivos inerentes à tipicidade, da natureza delitiva, eventual ajuste de concurso de normas, entre outras questões, serão delineadas por meio do estudo das teorias do bem jurídico-penal tutelado pela norma penal correspondente, sem olvidar os reflexos na dosimetria da pena, donde se depreende a relevância da matéria ora submetida a acurado estudo e enfrentamento.

Entretanto, antes de se alcançar o estudo das teorias propriamente ditas, de rigor um aprofundamento determinista no que toca ao modelo de Estado constitucional e à missão fundamental do Direito Penal moderno, porquanto certo que qualquer definição a respeito da proposta teórica mais adequada deverá, necessariamente, guardar coerência com as cognições firmadas com relação a estas matérias, haja vista a correlação havida, mesmo porque somente se poderá adentrar

no tema objetivamente proposto e até mesmo conferir a ele justificação e relevância após a assertiva e consolidação da missão assumida pelo Direito Substantivo.

Nesse passo, de rigor que se aborde, também, a concepção de bem jurídico e suas nuances, com análise detida de suas características antropológicas e suas finalidades periféricas e nucleares. De mais a mais, imperioso que sejam estabelecidos e clarificados os fundamentos e as concepções teleológicas do instituto do bem jurídico, para que não se faça confusão entre conceitos políticos e finalísticos.

Como toda e qualquer proposta englobada pelas ciências jurídicas, indeclinável a fundamentação de toda a arguição em uma base principiológica, a fim de que seja conferida consonância com a estrutura do pensamento penal à luz das disposições constitucionais.

Em tempo, oportuna uma análise breve da legislação estrangeira a respeito do tema, a fim de, com base no Direito Comparado, poder-se apreender o cenário disposto em ordenamentos que servem de referência ao Direito Penal brasileiro, sempre com as ressalvas das divergências legais encontradas.

Finalmente, colhidos todos estes elementos concretos, definir-se-á um quadro autorizador da investigação e da formulação de eventual filiação teórica no estudo do bem jurídico-penal do crime de lavagem de capitais.

## 2 Considerações sobre o modelo constitucional de Estado

Para uma esmerada compreensão do tema ora proposto para debate, de rigor que sejam estabelecidas algumas premissas relevantes, em especial a demarcação do modelo constitucional de Estado vigente, porquanto toda e qualquer estruturação cognitiva formulada deverá, necessariamente, guardar relação de coerência com a assertiva democrática, para que tenha solidez científica.

## 2.1 Concepção de Estado

O Estado dotado de soberania corporifica-se na tutela do interesse público, com medidas sempre fundadas na observância do Direito, eis que a este deve sua existência. Este o encontro do poder político com o jurídico, notabilizado pela Revolução Francesa. Não obstante, a soberania como elemento integrador da figura estatal exsurgiu com a modernidade, problematizada, do ponto de vista filosófico hegeliano, e diz com o poder que uma comunidade política organizada possui de impor sua condição de independência, o que, por seu turno, carrega ao Estado a consideração de que o mesmo se trata de uma pessoa jurídica.

Com efeito, ao positivar as leis e reafirmar este Direito posto, o Estado apresenta sua soberania, eis que dita as normas – criminalização primária – e regula sua aplicação perante os casos concretos – criminalização secundária –, constituindo este múnus um poder indeclinável.

A pedra de toque para a concepção de Estado está na legitimação do exercício punitivo, haja vista ser a violência estatal o instrumento de sua consolidação. Com efeito, a legitimação do Estado no contexto deste poder-dever de punir está diretamente entrelaçada com o pacto avençado por ocasião do estabelecimento dos vínculos associativos propostos no contrato social.

## 2.2 Estado de Direito e Estado Social de Direito

A sociedade, de acordo com Tobias Barreto, é um “sistema de forças” que visa alcançar um “estado de equilíbrio”, aperfeiçoado no “Estado de Direito”, sendo o Direito Penal um instrumento para tanto, sem olvidar a necessidade de imposição de limites à execução deste poder-dever de punir, mediante o estabelecimento de garantias individuais, a salvaguardar o indivíduo frente o corpo estatal<sup>1</sup>.

Nesse passo, o Estado de Direito se caracteriza justamente pela contenção, pelo poder jurídico, deste poder punitivo, colocando todos os componentes do corpo social sob o mando da lei, sendo esta a contraposição ao Estado de Polícia.

A transmutação deste modelo de Estado para aquele traz consigo uma cognição dialética, porquanto inviável um Estado de Direito puro se sempre carrega em seu centro nuclear a figura do Estado policalesco, sendo certo que não dissecar os conflitos sociais, mas apenas os crava com uma suspensão de incidência.

Não obstante, o Estado de Direito, por razões de técnica jurídica-política, não pode ter sua compreensão adstrita a esta limitação de poder, pelo contrário, este modelo de Estado não prescinde de uma estrutura de organização dos entes públicos multidirecional ao passo que diz com um ordenamento jurídico positivado dotado de arcabouço normativo observador das liberdades públicas, com ampla tutoria do Poder Judiciário a salvaguardar tais direitos.

Ou, como bem sintetiza Jorge Miranda, para o ajuste de um Estado de Direito, alguns requisitos se apresentam indispensáveis, a saber, a separação dos poderes públicos, com preservação da independência de cada um deles; a fiscalização permanente da administração pública, com a observância da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes; a reserva jurisdicional, com o resguardo da independência dos magistrados no ato da judicatura; o controle de constitucionalidade, tanto difuso como concentrado; a tutela das liberdades públicas; e, sobretudo, a afirmação do domínio legal<sup>2</sup>.

*tuições de Direito penal: parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 20.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição.* 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

<sup>1</sup> BARRETO, Tobias *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal: parte geral.* 3. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 20.

Não obstante, Hans Kelsen concebe Estado e Direito como conceitos uníssonos, de modo que esta confusão entre Estado e ordem jurídica implicaria dizer que todo Estado há de ser um Estado de Direito, inclusive os de regime ditatorial, pois, mesmo avesso às considerações sociais, políticas, econômicas e ideológicas, preocupado apenas e tão somente com o conteúdo formal da lei, este Estado Legal será convertido em um Estado de Direito<sup>3</sup>.

O Estado de Direito tem uma concepção dicotômica, de maneira que não pode ser considerado apenas do seu ponto de realização formal, concernente ao modo de aperfeiçoamento da operosidade estatal, o qual deve ser conforme os ditames legais e constitucionais, eis que atento à imperiosidade da legalidade; deve-se visualizá-lo também com base em seu aspecto material, que, por seu turno, compreende o plano político do Estado, orientado por padrões de legitimidade, e se preocupa com o teor deste movimento laborioso estatal.

De outra mão, o Estado Social de Direito propugna uma promoção mais abrangente da isonomia, da liberdade e da segurança, com interação entre as facetas jurídica e sociais instituídos, com notável albergue dos direitos da personalidade, sem olvidar a política intervencionista dos poderes públicos na gestão da estrutura econômica, sem abstrair-se da meta de redução das desigualdades sociais. Em breve síntese, o Estado Social tem seu núcleo direcional voltado para o bem comum dos que integram o corpo social e político, assumindo a condição de Estado Material de Direito.

O Estado Social de Direito, de acordo com Elías Díaz, se materializa com a proposta de compatibilizar o modelo capitalista de modo de produção com o bem-estar da comunidade política, não tendo conseguido,

contudo, aperfeiçoar este processo de democratização social e econômica<sup>4</sup>.

### 2.3 Estado Democrático de Direito

Nesse emblema, a democracia chega, *pari passu*, para se incorporar ao Estado de Direito, chamado por Norberto Bobbio de “Estado dos cidadãos”<sup>5</sup>, eis que nele o indivíduo passa a ter direitos públicos, e não apenas privados. Por democracia se entende, em um plano geral, a capacidade de participação popular na gerência dos planos políticos, notadamente por meio do sufrágio universal e da pluralidade partidária, sempre com vistas à consecução da paz e da justiça sociais.

Não obstante, a aceção de democracia que se encaixa com perfeição à empregada quando em pauta o modelo de Estado é aquela que corresponde à necessidade de respeito à desincumbência dos direitos fundamentais e das garantias individuais, perfazendo o ajuste de princípios liberais, humanos e sociais. Conforme averbado pelo Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há que se ter integral observância, sob o aporte de valores supremos, dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.

Nessa ordem, a democracia, ao mesmo tempo em que se solidifica no cerne político, passa a alcançar também o cenário jurídico, formando, esta inserção setorial, o modelo de Estado ora vigente, acrescido, ainda, da qualificação social, igualmente instada a compô-lo.

O Estado de Direito encontra suas raízes cognitivas no Estado Liberal, sendo certo que o aporte democrático associado à concepção de Estado de Direito vem fazer

3 KELSEN, Hans *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

4 DÍAZ, Elías *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 115.

5 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 78.

uma contraposição ao Estado Liberal, eis que o liberalismo não se coaduna com a presença popular e igualitária nos desígnios da atuação estatal.

Em tempo, um Estado Liberal, com raízes fincadas no âmago das revoluções burguesas, em uma concepção formal e intrínseca, tem sua ordem constitucional baseada na irrestrita submissão estatal à ordem jurídica, a fim de proteger o indivíduo face eventual esboço de arbítrio do Estado, ao passo que em um Estado Democrático de Direito, agora sob o aspecto de uma conceituação material e extrínseca, esta se atrela e se organiza com vistas a obstar a nociva alocação do Estado e da sociedade em espaços de inviabilidade interativa entre ambos.

Com efeito, o Estado de Direito se caracteriza pelo estabelecimento de óbices de cunho negativo (limites de atuação da administração estatal) e o Estado cancelado pela ideologia democrática carrega, paralelamente, prestações positivas (direções de conduta), isto é, o primeiro se norteia por critérios omissivos e o segundo acrescenta ao código das agências públicas padrões de ação, mantendo, frise-se, o caráter de contenção do poder estatal.

O Estado Democrático de Direito se situa na posição de sucessor do Estado Social de Direito, muito embora não seja uma passagem natural, mas marcada por óbices à instalação deste novo modelo de Estado, que chega com o anseio de materializar os ideais políticos, sociais e econômicos.

Aliás, uma compilação entre os modelos social e democrático de Estado surge como sendo a proposta de uma “terceira via”, com o fim de congregar valores libertários e igualitários e democráticos e socialistas, junção até então impraticável, segundo as experiências históricas fornecidas<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> A propósito, esta “terceira via” era também a proposta de José Joaquim Gomes Canotilho e de Vital Moreira quan-

Por outro lado, em visão contrária a este separatismo e propondo diferente interpretação para a expressão “socialismo”, José Afonso da Silva coloca que o Estado Democrático de Direito materializa a realização democrática do socialismo. Contudo, não se deve conceber tal como um processo de transição para o modelo estadista de gestão econômica, ao contrário, cuida-se apenas de aceitar a compreensão de tal assertiva como aperfeiçoamento prático dos direitos sociais e dos postulados de cidadania, a consubstanciar a realização dos princípios da justiça social<sup>7</sup>.

Nesse passo, um Estado Democrático de Direito pressupõe que o Estado serve o indivíduo, e não o contrário, de modo que seu aperfeiçoamento existencial em razão dele se justifica. O ser humano, individualmente considerado sob a vestimenta de cidadão de direitos e deveres, representa o escopo primário do Estado, jamais um mero instrumento da governança. Em outros termos, o Estado não é um fim em si mesmo, muito pelo contrário, ele serve o indivíduo e em razão deste existe; o ser humano é o escopo primário do Estado, e não um meio de exercício da atividade estatal.

---

do discorreram comentários à Constituição da República Portuguesa, contudo, um aparte deve ser feito; o manifesto apresentado pelos constitucionalistas portugueses foi publicado em 1978 e novamente publicado na edição de 1984, sendo certo que ambas as datas antecederam a queda do Muro de Berlim, que ocasionou a unificação alemã, e a dissolução da extinta União Soviética, marcos históricos que derrubaram com eles as tentativas de consolidação do socialismo real, de maneira que, por se entremostrarem, nos dias de hoje, insuperável o quadro de absoluta contrariedade havido entre socialismo e democracia, de rigor que se eleja a subsistência desta segunda. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205-208.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

Nessa ordem, Luigi Ferrajoli, precursor da filosofia que inaugura o garantismo penal, em confessa paráfrase, circunscrita ao manejo da expressão “*autopoiesis*”, cunhada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann em discussão atinente aos sistemas políticos, polariza as doutrinas a respeito da posição estatal, donde se depreende o ajuste do nosso modelo de Estado adstrito à construção filosófica das doutrinas heteropoiéticas, que posiciona o Estado como um meio, que somente descerra sua legitimidade política diante da finalidade de proporcionar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. E Ferrajoli prossegue, colocando a legitimação externa do Estado vinculada à tutela dos direitos fundamentais de cada unidade celular componente do corpo social (o indivíduo), com manifestação estruturada na edificação do Leviatã hobbesiano:

O Estado, segundo o paradigma da justificação externa por esta sugerida, não é nem um fim nem um valor: é, isto sim, um produto fabricado pelos homens, “porque pela arte” – são as palavras de Hobbes – “é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade [em latim *Civitas*] que não é senão um homem artificial, embora de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado”; de modo que vale tanto na medida em que serve aos “homens naturais”, que de comum acordo o produziram, e nada vale nada e deve por isso ser transformado, remodelado e demolido quando se insurgem contra eles. Mais: ele é *de per se* um desvalor, isto é, um mal menor sujeito enquanto tal ao ônus da justificação externa e *a posteriori*. Isto quer dizer que os seus poderes não são concebidos como “justos” apenas por quem os detém, mas sobretudo segundo por que, quando e como são ou não são sempre exercitados<sup>8</sup>.

No entanto, um aparte deve ser feito. De rigor que se compreenda a raiz cognitiva fundante da obra central de Ferrajoli, que, dentre outros aspectos, posiciona suas cognições em contraposição a resquícios fascistas, logo, a essência da obra literária em comento trespassa a mera análise jurídico-filosófica, galgando espaço em discussões mais longevas, inoportunas no contexto da presente incursão.

### 3 Função do Direito Penal e a teoria do bem jurídico

O debate acerca da função do Direito Penal moderno passa, naturalmente, pelo aprofundamento no estudo da teoria do bem jurídico, pois certo que a legitimação do poder/dever de punir encontra suas balizas, ora com mais intensidade e ora com menos, na ideia de bem jurídico, razão pela qual importante a análise em conjunto de tais temas.

#### 3.1 Função precípua do Direito Penal moderno

Com os pilares do Estado Democrático de Direito delineados, a indagação que surge diz com a missão do Direito Penal. A resposta para esta questão fornece solo para escorreita compreensão não apenas da teoria do delito, mas também para que se tenha em conta a medida da esfera de abrangência da legitimidade do Direito Penal.

No segundo período pós-guerra, a ciência penal, sobretudo na Alemanha, buscou posicionar o poder interventivo do Estado nos limites da teoria do bem jurídico, de modo que o Direito Penal somente deveria abarcar a proteção de bens jurídicos dotados de concretude, donde não inseridas cognições políticas, morais ou religiosas.

Diante do modelo de Estado adotado pela ordem constitucional brasileira, por certo que o Direito Penal não poderá dissociar seus fins dos ideais de igualdade social, de uma tutela indeclinável da dignidade da pessoa humana e dos regramentos morais solidifi-

8 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 812-814.

cados (balizadores dos sistemas sociais), para não contrariar o desenho do grau civilizatório moderno. Deste modo, assumiu central relevância o estudo da concepção de bem jurídico e sua função dogmática no âmbito do Direito Penal.

Desta feita, tendo em vista que o Direito Penal tem como escopo o resguardo e a estabilização da paz social, além da promoção da igualdade entre os indivíduos, com respeito e observância ao postulado da dignidade da pessoa humana, a sufragar a expectativa de controle da convivência social, a maior parte da doutrina, tanto nacional como estrangeira, acompanhando Claus Roxin, edificador original desse pensamento, averba que a missão fundamental do Direito Penal, estruturado sob um sistema aberto, permeável, portanto, à influência de outros segmentos, corresponde à proteção subsidiária de bens jurídico-penais, pressuposto para a punibilidade, donde se depreende seu viés teleológico eminentemente preventivo<sup>9</sup>.

Por outro lado, oportuno consignar a proposta da filosofia utilitarista, que encontrou seu mais notável expoente em Jeremy Bentham. Para esta vertente, o Direito Penal teria por finalidade a proteção do corpo social e a prevenção geral, de maneira que a noção de bem jurídico não assumiria neste plano a relevância central sobredita.

9 José Cerezo Mir assim se manifestou: “El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales es fundamental es del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos.” (MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho penal español*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 15). Tradução: “O Direito Penal é um setor do ordenamento jurídico em que, segundo a opinião dominante da dogmática moderna, lhe incumbe a tarefa de proteção dos bens vitais e fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Estes bens jurídicos são elevados pela proteção das normas de Direito à categoria de bens jurídicos”.

A negar a proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal, despontam algumas manifestações de penalistas alemães. Hans-Joachim Hirsch entende que o conceito de bem jurídico não assume idoneidade para realizar a limitação do Direito Penal. Günther Stratenwerth não arrazoa a construção dos tipos penais na tutela de bens jurídicos, mas, sim, na incivilidade dos comportamentos humanos<sup>10</sup>.

Enfim, Günther Jakobs preceitua que a missão fundamental do Direito Penal diz com a confirmação da vigência da norma violada, de modo que o fato punível se ajusta pela negação da norma pela conduta do indivíduo, sendo certo que essa “solidez das expectativas normativas” é o que Jakobs chama de bem jurídico, criticando a concepção tradicional de bem jurídico. A lesão ao bem jurídico, em um crime de homicídio, a título de exemplo, não diz com a causação do evento morte, mas, sim, com a desobediência normativa contida na previsão típica desse delito.<sup>11</sup>

Hans Welzel contemporiza e tenta estabelecer para o Direito Penal uma missão intermediária entre as apresentadas por Roxin e Jakobs, inerentes ao funcionalismo moderado e sistêmico, respectivamente. Com efeito, Welzel compreende a importância da proteção de bens jurídicos, mas a ela alia a necessidade da tutela de valores de cunho ético-social, sendo certo que aquela seria corolário desta, donde ele defende sua posição da crítica de que tentaria controlar a atitude interna dos indivíduos por meio de padrões ético-sociais<sup>12</sup>.

10 HIRSCH, Hans-Joachim; STRATENWERTH, Günther *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14-15.

11 JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61-63.

12 WELZEL, Hans *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito pe-*

No mesmo sentido, se manifestam Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, para quem o Direito Penal tem como ponto nuclear a tarefa de tutelar, via normas controladoras, a regular convivência dos indivíduos inseridos no corpo social, se consubstanciando em um instrumento robusto de configuração de costumes sociais, donde decorreria a tutela dos bens jurídicos<sup>13</sup>, de modo que, conforme alinha Paulo César Busato, essa pretensão de proteção de bens jurídicos seria utópica e não uma realidade empírica, mesmo porque o Direito Penal, inserido em um modelo democrático de Estado, não comporta a antecipação da tutela, cabendo ao bem jurídico, havido como imprescindível para o convívio social harmônico, a incumbência de justificar a índole penal das normas de controle, de forma que a missão do Direito Penal seria, nesse escope, o controle social do intolerável<sup>14</sup>.

Posta a relevância do bem jurídico no contexto do desenvolvimento do Direito Penal moderno, e partindo do pressuposto que esse tem a função de proteger, de forma subsidiária, bens jurídicos, oportuna uma escurteira compreensão acerca da teoria que o envolve, com o delineamento de todas as críticas a ela direcionadas.

### 3.2 Conteúdo da teoria do bem jurídico-penal

Sob influência direta das inspirações liberais e iluministas do século XIX, começaram a surgir os primeiros ensaios da criação daquilo que se veio a ter por bem jurídico.

Anselm Von Feuerbach, nos idos de 1801, por ocasião da publicação de seu tratado, fundado na ideia do contratualismo social, sustentou que o Direito Penal deveria

se ocupar da tutela de direitos subjetivos, sendo a violação a esses direitos, havidos como externos, caracterizadora de uma lesão jurídica; atinge-se o direito propriamente dito, sob a concepção de um dever-ser.

A história da teoria do bem jurídico, de certa forma, se confunde com a da proposta teórica de Feuerbach, porquanto aquela, inspirada nas construções hegelianas, surge em projeção crítica a esta, uma vez que o cenário sociopolítico de efervescência da Revolução Industrial, propulsor da escalada criminal, sobretudo de natureza patrimonial, demandava um intervencionismo estatal mais significativo em matéria penal, de modo que a teoria de Feuerbach era havida como insuficiente diante do modelo de sociedade daquela época.

Até o advento das contribuições iluministas, o crime era resultado de uma consideração secular e de uma insurgência quanto a uma postura de dever perante o Estado, não sendo por acaso sua postura de reforço à figura absolutista, de modo que era um regime penal próprio de um modelo autoritário de Estado.

Nesse ponto, na linha direta do contratualismo social, começam a se entremostar os primeiros esboços de uma concepção material de delito, pioneiramente em Cesare Bonesana – o Marquês de Beccaria – e em Karl Ferdinand Hommel, os quais trabalham sob a perspectiva prevencionista de danos sociais, e em seguida, agora de modo mais efetivo e sistematizado, em Feuerbach, que, inspirado na teoria do fim do Estado, de Immanuel Kant<sup>15</sup> – o qual critica o delito

nal: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 10.

13 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 2-9.

14 BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 15-17.

15 Muito embora sejam perceptíveis as contribuições kantianas no sentido da valoração dos elementos do delito, mediante o imperativo categórico no sentido de que a manifestação da liberdade de um indivíduo racional não pode se contrapor à liberdade de nenhum outro indivíduo, é certo que não oferece um limite à intervenção penal, porquanto meras imoralidades remanescem passíveis de criminalização. De qualquer modo, a construção

de alta traição previsto no Código Penal da Baviera, pois qualquer ação dolosa poderia representar essa conduta típica –, traz a lume sua proposta de crime sob a feição de lesão de direitos subjetivos, antecedendo o posterior surgimento e desenvolvimento da ideia de bem jurídico, conforme tratado anteriormente<sup>16</sup>.

Nesse caminhar, Feuerbach, considerando a pena sob a qualidade de consequência jurídica de uma norma calcada no imperativo preservacionista dos direitos de terceiros e que encerra uma ameaça de violação desses direitos mediante a prática de um mal sensível<sup>17</sup>, define o núcleo de sua proposição teórica da seguinte forma:

Quien excede los limites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crímenes, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho delotro, conminada en una ley penal<sup>18</sup>.

teórica de Kant serviu de influxo para a articulação de Feuerbach.

- 16 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 90.
- 17 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64.
- 18 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 21. Tradução: “Quem excede os limites da liberdade jurídica comete uma lesão jurídica ou injúria. O que lesiona a liberdade garantida pelo contrato social e assegurada mediante leis penais, comete um crime. Por isso, crimes, em seu mais amplo sentido, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outro, conminada em uma lei penal.

Seria, portanto, em uma concepção jusnaturalista, a própria lesão a direitos subjetivos o mote justificador da existência da figura estatal e também o dado legitimador de seu desempenho.

Em Feuerbach, que teve como grande mérito essa transição da compreensão do delito como violação de dever para uma observação conceitual de ordem material, o delito corresponde à ofensa ao direito do indivíduo alvo da ofensa de exercer sua esfera de liberdade, sendo certo que essa ofensa alcança, por via oblíqua, a própria figura do Estado, o qual, sob a contextualização da teoria do contrato social, recebe a atribuição de manter, sob padrões de regularidade, a convivência social, portanto, o Estado assume o dever de punir o desvio ofensivo de conduta. A teoria de Feuerbach trouxe consigo um concreto limite à atividade legiferante, crédito que lhe é irretirável.

Três variantes, de acordo com Luís Greco, em escrito em homenagem a Sergio Moccia, são de possível identificação na proposta teórica de Feuerbach. A primeira variante, formulada por Tatjana Hörnle, diz com uma perspectiva puramente positivista e baseada nos direitos fundamentais, de forma que a liberdade de execução de condutas recebe influência direta das normas penais, as quais, por isso, observam alguns limites, como a ordem constitucional, a esfera alheia dos direitos e os bons costumes. A segunda variante, de Joachim Renzikowski e de Volker Haas, criticando a teoria do bem jurídico por se pautar apenas na relação entre esse e o seu respectivo titular, traça a necessidade de uma relação trilateral, incluindo também um sujeito obrigado. Finalmente, a terceira variante, de construção representada por Wolfgang Frisch, traduz que o delito se configura sob a negação do outro sujeito livre, atingido em seu direito subjetivo, rompendo uma relação de mútuo reconhecimento, de modo que essa negação assumiria o aporte de negação da própria ordem jurídica<sup>19</sup>.

19 HÖRNLE, Tatjana; RENZIKOWSKI, Joachim; HAAS,

Não obstante, a teoria de Feuerbach recebeu severas críticas, notadamente por admitir a criminalização das consideradas infrações de polícia, donde não se vislumbraria uma lesão concreta a direitos subjetivos, mas apenas e tão somente uma violação da necessidade de obediência ao Estado, de modo que ações meramente imorais ou antijurídicas unicamente sob um viés formal acabavam alçadas ao mesmo contexto das lesões a direitos subjetivos. Com isso, aquele escopo limitador do intervencionismo estatal tem sua intensidade reduzida<sup>20</sup>, além da prevalência de uma inclinação formal da concepção de dano social, na ótica de Juan Bustos Ramírez e de Bernd Schünemann<sup>21</sup>.

Conforme versado anteriormente, essa construção de Feuerbach – ou, mais precisamente, a crítica a ela formulada – deu ensejo à formulação da ideia de bem jurídico.

Com efeito, em 1834, Johann Michael Franz Birnbaum, em confessa contrariedade a Feuerbach, edifica sua teoria trabalhando sob uma concepção objetiva de bem, pois o direito em si não é passível de sofrer lesão ou de sequer ser exposto ao perigo desta, o que se aperfeiçoa somente com um bem, atinente à materialização de um direito subjetivo, de modo que esse bem, inato e conquistado, poderá ser objeto de uma lesão, pois suscetível de supressão ou redução da esfera de proteção dos respectivos titulares<sup>22</sup>. Birnbaum impele, assim, uma perspectiva claramente objetiva, a significar, à época, um trânsito inverso de todo o pensamento penal, pois passa a tra-

balhar sob premissas empíricas. De se notar, é bem verdade, que Birnbaum não utilizou a expressão “bem jurídico”, mas apenas “bem”, contudo, inegável a posição a ele atribuída de precursor dessa teoria.



Fonte: [www.utrechtaltijd.nl/bekijkende-tailuu-collection\\_0285-12727](http://www.utrechtaltijd.nl/bekijkende-tailuu-collection_0285-12727)

Entretanto, as razões fundantes dessa construção teórica de Birnbaum se entremostam nebulosas, não havendo compreensões uníssonas a respeito, sendo certo que Winfried Hassemer vislumbra na ideia de bem jurídico um instrumento nuclear de contenção do poder punitivo do Estado, afastando do Direito Penal temas de reforço da religião dominante ou de cunho exclusivamente moral, porquanto, naquele percurso histórico, a homoafetividade<sup>23</sup> e a heresia eram tratados

Volker; FRISCH, Wolfgang *apud* GRECO, Luís; CAVALLIERE, Antonio (org.) *et al. Política criminal e cultura giuspenalistica: scritti in onoredi Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 328-329.

20 BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 93.

21 RAMÍREZ, Juan Bustos; SCHÜNEMANN, Bernd *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 97.

22 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 10-11.

23 A prática de relacionamentos homoafetivos somente alcançou efetivamente a descriminalização em 1994, com a revogação do §175 do StGB (Código Criminal Germânico), muito embora esse dispositivo tenha sofrido alguns abrandamentos no final da década de 1960 e início da década de 1970.

sob punho penal. Em contraponto, Knut Ame- lung acredita que essa teoria foi consolidada sob as diretrizes de um positivismo modera- do, de modo a permitir a dogmatização da intervenção penal, ao invés de impedir sua incidência<sup>24</sup>, do que realmente não se afastam os textos de Birnbaum, o qual considera moral e religião sob o manto de bens coletivos, albergados constitucionalmente<sup>25</sup>.

Conquanto se repute acertada a de- preensão de Amelung, não há como negar que foi justamente esse deslocamento de uma perspectiva subjetiva para outra objetiva, proposta por Birnbaum, que franqueou ao Direito Penal a assunção de uma postura mais liberal, de inspiração iluminista, na esteira das contribuições privatistas anteriormente formuladas por Feuerbach, sendo certo que a evolução do desenvolvimento das noções de bem jurídico, donde derivada a criação de estruturas hermenêuticas definidoras do cír- culo de incidência penal, somente se mostrou viável a partir dessa virada conceitual.

Nesse passo, em 1872, na primeira edi- ção de seu “*Die Normen*”, Karl Ludwig Lorenz Binding, claramente identificado com a Escola Positiva, deu continuidade ao desenvolvi- mento da concepção de bem jurídico, mas o posicionou em estreita relação com a figura do Estado, porquanto entendia ser bem jurí- dico – com ele nasce essa expressão, até hoje cunhada<sup>26</sup> – aquilo que o legislador elevasse a essa categoria, ou seja, a norma penal seria a fonte do bem jurídico, a responsável por criá-lo, logo, ele não seria um dado anterior

àquela, ponto em que se distancia da estru- tura lógica pensada por Birnbaum.

Não obstante, há um fato histórico que pode explicar essa transmutação proposta por Binding. O Código Penal do Império en- trou em vigor na Alemanha em 1872 (editado um ano antes), mesmo ano no qual Binding publicou a primeira edição de sua obra, de modo que essa sua orientação teórica serviria para conferir reforço legitimador ao legislador penal alemão.

Em clara oposição a Binding, surge a contribuição de Franz Von Liszt, que veio a considerar bem jurídico os interesses vitais para o indivíduo ou para a comunidade<sup>27</sup>, donde se extrai o caráter transcendentalista atribuído ao bem jurídico e a sua confor- mação com a política criminal, a conferir um primeiro vestígio de limitação do poder punitivo estatal.

Nesse caminhar histórico, já na década de 1930, ganha relevância o neokantismo, es- cola penal que, visualizando a ciência jurídica como uma ciência cultural, carrega ao Direito Penal a ideia de valor, sendo o bem jurídico compreendido valorativa e objetivamente, segundo Edmund Mezger<sup>28</sup>, como centro da tutela da norma penal, donde forjada a con- cepção material de delito, aceita desde então pelas estruturas sistemáticas do pensamento

24 HASSEMER, Winfried; AMELUNG, Knut *apud* BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 12.

25 Santiago Mir Puig compartilha e conforta esse entendi- mento, averbando que o conceito de bem jurídico, em Birnbaum, não nasce como um limite da *lege ferenda*, mas como produto da *lege data* (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Mon- tevidéu; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003).

26 *Rechtsgut* – terminologia, em alemão, empregada por Binding.

27 LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, 1927, t. II, p. 6.

28 Nesse contexto, Francisco Muñoz Conde tece contun- dentes críticas ao papel desempenhado por Mezger du- rante o período de imposição da ideologia do nacional- -socialismo, no sentido de que ele teria transmutado seu posicionamento para oferecer contribuições teóricas de reforço das premissas daquele regime, tendo, portanto, se transformado em colaborador, dentro do contexto da dogmática penal, do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães. Para maior aprofundamento, confira-se a seguinte obra: CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

penal que vieram a se firmar posteriormente, como o finalismo e o funcionalismo. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend compreendem o bem jurídico, então, dada essa ideia de valor, como um instrumento hermenêutico, atrelado ao sentido teleológico da norma penal, deixando de ser um interesse concreto preexistente à norma<sup>29</sup>.

Com o descerrar da filosofia neokantiana, foi implantada uma concepção teleológico-metodológica de bem jurídico-penal. Edificado pelas Escolas de Marburgo e de Baden, o neokantismo prima por um dimensionamento axiológico, tanto que o bem jurídico passa a ser concebido como um valor de aporte ético-social, albergado pela norma jurídica.

Exsurge, então, a proposição de Richard Honig, que circunscreve o bem jurídico a uma qualidade meramente interpretativa do tipo penal, e também da Escola de Kiel, sob a égide da qual surge, na década de 1930, o nacional-socialismo alemão; essa escola direcionou forte crítica à concepção material de delito, consistente na lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico, para adotar a ideia de delito como uma infração de dever, estrutura cognitiva propícia e oportuna para a consolidação de um modelo totalitário de Estado, como o erigido sob os ideais do nazismo alemão no período que antecedeu de perto a II Guerra Mundial. O bem jurídico passa, assim, a ser um conceito vazio nesse momento, pois o Direito Penal, em especial, encontraria sua fonte primária no espírito do povo, compreendido esse sob os seguintes critérios: sangue, terra e gerações passadas, presente e futuras<sup>30</sup>.

Em uma visão objetivista de Welzel, própria do finalismo, acontece o resgate da importância do bem jurídico-penal, que vem

sob a correspondência a um bem de fulcral importância para o indivíduo e para a coletividade, merecedor, por isso, de proteção jurídica, donde se extraem o desvalor da ação e o do resultado do fato delituoso<sup>31</sup>. Inegável a faceta ontológica atribuída por Welzel ao bem jurídico, característica mais marcante do finalismo, sendo esse instituto relegado a um plano secundário, pois ofuscado pela teoria da adequação social.

Roxin, em formulação crítica à teoria da adequação social, a compreende como simples ferramenta interpretativa da tipicidade, mas jamais como elemento componente desta, como pretendia fazer crer Welzel, porquanto o Direito Penal já disporia de instrumentos mais eficazes para solucionar as mesmas questões sobre as quais a teoria da adequação social se arvorava em trabalhar, como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima e a teoria da imputação objetiva, de modo que essa teoria assumiria papel coadjuvante na aferição da tipicidade<sup>32</sup>.

A teoria do bem jurídico tenta buscar conforto em teorias constitucionais e sociológicas. As primeiras, partindo da premissa paradoxal de que, se a pena atinge a liberdade individual, somente estará justificada essa intervenção estatal se se prestar a proteger outro direito fundamental, de modo que o bem jurídico deverá encontrar, necessariamente, um referencial positivo na Constituição Federal; caso não encontre, não poderá ser considerado bem jurídico. A Constituição Federal cumpre uma função de proibição de excesso no cerne da ofensividade<sup>33</sup>.

29 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal*: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 275.

30 BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 339.

31 WELZEL, Hans *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

32 ROXIN, Claus *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 341.

33 Para maior aprofundamento, ler: ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

Contudo, a Constituição Federal não tem como função a regulação de comportamentos dos indivíduos, mas, sim, estabelecer valores fundamentais e diretrizes principiológicas, com vistas à contenção do poder político, não oferecendo base segura para a distinção entre bem jurídico e preceitos de ordem moral, bem como se tem que essa cognição constitucionalista inobserva o consenso inerente a um corpo social pluralista, obrigando a política criminal a se adaptar à vontade do constituinte, olvidando-se que a relação do Direito Penal com a Constituição Federal é de estrita coesão, e não de reconhecimento positivo.

De outra banda, as teorias sociológicas, com acerto, posicionam o bem jurídico em identificação com estados de relevante valor social, a justificar a tutela penal, portanto, aqui, os bens jurídicos deixam de ser coisificados. Os bens jurídicos são reconhecidos como situações fáticas valoradas de modo positivo. De fato, parece ser essa a vertente mais adequada para compreensão do instituto do bem jurídico-penal.

É bem verdade que o conceito meramente imanente de bem jurídico não permite a extração de uma limitação do legislador penal, pois, dogmaticamente, tudo pode ser considerado bem jurídico, mas de se destacar que nem todo bem jurídico-penal encontra origem transcendental, preexistente à norma penal, como, por exemplo, a arrecadação tributária, a administração pública, entre outros.

Nesse caminhar, ponderando as dimensões formal e material de tipicidade – nesse ponto, ao lado das perspectivas imanentista ou transcendentalista da concepção de bem jurídico, reside a mais pura expressão da dicotomia entre as sustentações teóricas de Jakobs e Roxin, respectivamente –, donde a primeira se concentra na análise do preceito legal definido pelo tipo penal e a segunda confere ênfase ao seu conteúdo normativo, tem-se

que a discussão sobre bem jurídico-penal se centrará sob a esfera de abrangência dessa última, dado que o crime será definido sob um viés material havendo lesão ou submissão a perigo de um bem jurídico-penal, sendo a compreensão de um crime sem a consideração em concomitância de um bem jurídico, nos dizeres de Cláudio Brandão, equiparável, metaforicamente, a um corpo sem alma<sup>34</sup>.

Com efeito, a noção de bem jurídico está diretamente ligada à caracterização do ajuste da norma penal em sua dimensão material, porquanto certo que o bem jurídico não é criado pela norma jurídica, mas, sim, por ela identificado e agasalhado.

O conceito de bem jurídico-penal, edificado pela Escola Clássica, deve receber orientação basilar de política criminal e ser apreciado sob uma cognição essencialmente deontológica, vez que será ele o fiel da balança para definir a legitimação do poder estatal desde a inspiração legislativa até o exercício perante um caso real e concreto, espelhado na efetiva direção da pena.

Nesse ponto, Hassemer considera a concepção de bem jurídico como dado legitimador do intervencionismo penal, porquanto a vedação de determinados comportamentos sob uma ameaça sancionatória, desvinculada da ideia de bem jurídico, representaria um verdadeiro “terror estatal”, eis que a intervenção na liberdade de agir do cidadão não estará contemplada por uma legitimação externa<sup>35</sup>.

Muito embora não se tenha, ainda, elaborado, com precisão, um conceito de bem jurídico – uma das grandes críticas que a teoria recebe, conforme se verá adiante –, pode ele ser compreendido, de forma geral,

34 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 1, p. 7.

35 HASSEMER, Winfried *apud* ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-16.

2. ed. Madri: Civitas, 2008, t. I, p. 55-57.

como o bem, tutelado pela ordem constituída, de fulcral importância para a existência e incremento do indivíduo e de sua presença no meio social, sendo, em concomitância, instrumento legitimador desta, compondo, assim, esta dicotômica e circular moldura. Conduzindo esta cognição para o plano da ordem penal, pois nem todos os bens jurídicos são passíveis de albergue penal, tem-se que o bem jurídico-penal, por sua relevância, legitima o Direito Penal e, *pari passu*, por ele é albergado, porquanto estará legitimado a intervir o Direito substantivo apenas e tão somente quando houver ofensa relevante a um destes bens jurídicos, a justificar a cominação de pena, ameaça estatal à inobservância de um dever de conduta penal.

Com isso, o bem jurídico-penal assume o aporte de principal demarcador da fronteira penal, eis que atua como elemento de contenção tanto da criminalização primária como, especialmente, da criminalização secundária, resguardando a figura de um Direito Penal mínimo.

Aliás, quando se diz que o bem jurídico-penal é espécie do gênero bem jurídico universal, esta a causa de um dos grandes conflitos enfrentados pela ordem penal atualmente, eis que a expansão do Direito Penal moderno se deve, em grande monta, à confusão havida nesta concepção.

Para Hassemer, os bens jurídico-penais devem ser valorados subjetivamente, formulando teorias sociológicas críticas e sistemáticas, sendo que estas se prendem ao direito substantivo e aquelas o perpassam. Já Santiago Mir Puig visualiza o Direito Penal na condição de protetor dos sistemas sociais e de garante do indivíduo, ou seja, assume preponderância a dimensão social dos bens jurídico-penais, individualmente considerados<sup>36</sup>.

Um dos maiores defensores da proteção de bens jurídicos na qualidade de missão direta do Direito Penal, Roxin edificou um conceito de bem jurídico abrangendo os direitos da coletividade, diferindo das propostas individualistas de Hassemer e Hans-Joachim Rudolphi, muito embora sustente a legitimidade de tais bens jurídicos gerais apenas quando servirem o cidadão em particular. Sob esta ótica, bens jurídicos seriam “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”<sup>37</sup>, conceito este que se amolda a uma concepção crítica de bem jurídico (bem jurídico como limitador da punição estatal), contraposta à concepção metódica (bem jurídico como fim da norma penal).

De mais a mais, a noção de bem jurídico não pode assumir um viés puramente positivista e tampouco, por outro lado, um prisma de absolutismo social, mas, sim, deve guardar relação de congruência com os valores fundamentais da ordem constitucional vigente.

Nessa ordem, há intrínseca relação dogmática entre o conteúdo da pena e o dos bens jurídico-penais, pois aquela se fará necessária apenas quando houver ofensa relevante a estes, não reparada por outro segmento jurídico, donde se exprimem duas características inequívocas do penalismo moderno, quais sejam, a fragmentariedade e a subsidiariedade – caráter de *ultima ratio* –, pilares de formação do princípio da intervenção mínima do Estado.

A propósito, no concernente à fragmentariedade do Direito Penal, Santiago Mir Puig averba que a relevância da ofensa

36 HASSEMER, Winfried; MIR PUIG, Santiago *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40-41.

37 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-20.

ao bem jurídico-penal não deve se reportar a violações de simples cunho moral, mas, sim, alcançar a esfera social, sendo certo que apenas com isso o Direito Penal auferirá legitimidade de imposição. A justificativa para tal imperiosidade guarda relação direta com o modelo de Estado adotado, pois um Estado Democrático de Direito imprime mais uma figura de providência do que liberal<sup>38</sup>.

Não obstante, a análise do conceito de bem jurídico não pode se resguardar à mera acepção dogmática e formal, visto que, desta forma, não se prestará a atender àquela função de contenção do poder punitivo, sendo necessária a edificação de uma consideração material, mesmo porque o Direito Penal não é uma mera ferramenta de coerção asseguradora das normas gerais de direito público, possuindo suas normas de conduta próprias.

A propósito, no tocante aos bens jurídicos transindividuais (coletivos, difusos e institucionais), compreendidos no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, tem-se que o núcleo central de referência destes não difere do que acontece com os bens jurídicos individuais, porquanto o foco tutelar será sempre o cidadão, valor máximo da sociedade, donde subscrita a teoria pessoal do bem jurídico.

Nessa esteira, ao bem jurídico-penal compete a concretização da política criminal por ocasião da eleição dos ajustes comportamentais passíveis de cominação de pena.

Em tempo, o bem jurídico-penal, além da característica de instrumento de contenção do poder punitivo estatal, assume também qualidade hermenêutica, em virtude de auxiliar na exegese dos tipos penais, e ordenadora, eis que orienta a alocação classificatória dos tipos penais, sem olvidar

sua influência atinente à individualização da pena, pois o grau de ofensa ao bem jurídico-penal servirá de baliza para a dosimetria da pena.

### 3.2.1 Críticas à teoria do bem jurídico-penal

A teoria do bem jurídico-penal não está imune a críticas, muito pelo contrário, sua história evolutiva está crivada de ensaios contrários às suas formulações, algumas bastante arrazoadas e coerentes. Contudo, os críticos dessa teoria, quando não a relegam a um plano absolutamente secundário no estudo da teoria do delito, propõem seu afastamento por completo.

Com efeito, uma primeira crítica diz com a ausência de efetividade na alocação dessa teoria como estrutura fundante do Direito Penal moderno, uma vez que esse jamais será capaz de proteger bens jurídicos, haja vista sua intervenção sempre em momento posterior à ofensa ao bem jurídico, ou seja, o Direito Penal é conclamado a intervir após a ofensa ao bem jurídico vida, no caso de um homicídio. Como se sabe, um Direito Penal de base democrática não poderá trabalhar com uma ideia de antecipação da tutela, portanto, realmente, somente poderá atuar diante de uma lesão relevante a um bem jurídico ou de uma exposição a perigo igualmente relevante.

A insuficiência conceitual do instituto do bem jurídico também é outra crítica bastante levantada em seu desfavor<sup>39</sup>. Não obstante, um conceito fechado e preciso de bem jurídico não iria ao encontro do modelo heterogêneo de sociedade existente.

38 PUIG, Santiago Mir *apud* SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 46-47.

39 Sobre a crítica acerca da falta de normatividade do conceito de bem jurídico, ver: RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. dos organizadores. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 39-40.

Deveras, bem jurídico, que não deve ser confundido com o objeto jurídico, este de aporte material e verificador da concretude natural do evento fático, implica uma consideração axiológica abstrata, eis que são, com base empírica, mensurados valores positivos a elementos, não necessariamente materiais, apreendidos do seio social, com titularidade inerente ao homem, em sua esfera de introspecção, ou concentrada na comunidade política, com amplitude metaindividual.

A dificuldade para lidar com bens jurídicos coletivos também é ressaltada pelos críticos, que vislumbram uma tensão entre os princípios da culpabilidade, da intervenção mínima e da ofensividade, havendo vinculado risco de um expansionismo penal, assim como a existência de delitos, os quais não se concebe possível descriminalizar, que não guardam relação referencial com qualquer bem jurídico.

#### 4 Bem jurídico-penal na lavagem de capitais

Como cediço, os instrumentos legais de origem e referência no trato da questão da lavagem de capitais são a Convenção de Viena de 1988, a Declaração de Princípio da Basileia e as recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), sendo estes os norteadores do enfrentamento desta modalidade criminosa, que enseja profunda atenção do Direito Penal moderno.

De acordo com Walther Maierovitch<sup>40</sup>, responsável pela chefia da Secretaria Nacional Antidrogas da Presidência da República durante parte do governo de Fernando Henrique Cardoso, dados colhidos pela agência estadunidense “*National Intelligence Council*” indicam que são “lavados”, via sistema bancário e financeiro mundial, valores superiores a meio

trilhão de dólares, e isso considerados como crimes antecedentes apenas e tão somente o tráfico ilícito de entorpecentes e o tráfico ilícito de armas.

Nesse passo, organizada a função do Direito Penal sob o manto da proteção subsidiária de bens jurídicos, a determinação desses bens dotados de dignidade penal não se apresenta como tarefa das mais fáceis, haja vista a dinamicidade da estruturação social, que alterna processos de evolução e involução. Não obstante, tal alternância paradigmática não interfere no desempenho dogmático do bem jurídico-penal, que, como sabido, assume o aporte de relevante ferramenta teleológica, fundada, sob uma visão antropocêntrica, no objetivo de assegurar o livre desenvolvimento da liberdade de autodeterminação do homem.

Com efeito, restringindo este debate ao contexto da tipificação do crime de lavagem de capitais, aqui assume insofismável relevância a determinação do bem jurídico-penal tutelado, porquanto tal eleição influenciará na definição da natureza do crime, na composição de eventual concurso de normas, na amplitude dos elementos subjetivos insertos nos tipos penais dispostos na Lei nº 9.613/1998, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.683/2012, entre outras questões afetas.

##### 4.1 Identidade de bens jurídicos entre o crime antecedente e a lavagem de capitais

Por muito tempo, notadamente quando havia apenas um rol fechado de crimes antecedentes à lavagem de capitais, havia quem sustentava que os bens jurídicos tutelados neste tipo penal seriam os mesmos albergados pelos crimes antecedentes, ou seja, se o crime antecedente dizia com um tráfico ilícito de entorpecentes, o bem jurídico tutelado pelo posterior crime de lavagem de capitais também seria a saúde pública<sup>41</sup>.

40 MAIEROVITCH, Walther *apud* CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 136.

41 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da



Fonte: [www.freepik.com](http://www.freepik.com)

Contudo, esta vertente sofreu grande oposição, recebendo críticas que caminhavam desde a possibilidade do ajuste de um *bis in idem* até o franquear de uma antecipação da tutela penal, pois, se o bem jurídico da lavagem de capitais guardar identidade com o bem jurídico do crime antecedente, haveria dupla punição pela mesma afronta, ao passo que, se se argumentar que o Direito Penal, ao assim definir, está olhando para frente, fundando-se no conceito de uma orientação penológica de prevenção geral negativa, estar-se-ia diante de uma antecipação do intervencionismo do Estado Penal<sup>42</sup>.

Não bastasse, outra recorrente crítica sofrida por esta alocação do bem jurídico-penal diz com o distanciamento das premissas de base fornecidas pela política criminal, no sentido da autonomia do delito da lavagem de capitais, que guardaria, com o crime antecedente, mera “relação de causalidade material”<sup>43</sup>.

Ainda, outra questão trata da eventual desproporcionalidade entre as penas, eis que,

Lei 12.683/2012. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

42 *Ibidem*, p. 53.

43 *Ibidem*, p. 53.

supondo-se que uma pessoa seja condenada pela lavagem de capitais e o crime antecedente tenha sido um furto, esta pessoa receberá pena semelhante àquela condenada pelo mesmo crime, mas cujo crime antecedente, por exemplo, foi uma extorsão mediante sequestro. Ao menos no plano de previsão em abstrato, a pena a que estariam sujeitas seria a mesma.

Em tempo, em análise de Direito Comparado, oportuno destacar a compreensão estabelecida nos ordenamentos jurídico-penais italiano e alemão, nos quais há expressa vedação à responsabilização criminal do autor do crime antecedente pelo crime de lavagem de capitais, conhecido como “autolavagem”, ao contrário do disposto na legislação brasileira pertinente à matéria.

#### 4.2 Elevação da administração da Justiça à condição de bem jurídico-penal

Outra via sustentada refere-se à colocação da administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado no crime de lavagem de capitais, eis que a execução do delito obstará o regular desenvolvimento do procedimento investigativo, da instrução processual e da entrega final da jurisdição, além de impedir o rastreamento do produto delitivo. Em xeque estaria a credibilidade da Justiça, donde inseridas tanto a atividade jurisdicional como as demais instituições integrantes deste processo de apuração e diluição de conflitos sociais em matéria penal.

Para os defensores desta teoria, ela permitiria a punição da autolavagem, uma vez que os bens jurídico-penais tutelados seriam distintos, assim como autorizaria a homogeneidade da cominação em abstrato de pena.

Badaró e Bottini<sup>44</sup>, defensores diretos desta teoria, diferenciam o crime de favoreci-

44 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

mento real, previsto no artigo 349 do Código Penal, e de lavagem de capitais, para que não se faça confusão entre ambos, haja vista que o primeiro também ostenta a administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado pela norma. Esses doutrinadores colocam que inexistente possibilidade de identidade de autores entre os crimes de favorecimento real e o antecedente, sendo, portanto, o delito de favorecimento real um crime próprio e o de lavagem de capitais seria um crime comum, além de ser a lavagem de capitais uma “forma qualificada” em relação ao crime de favorecimento real, pois naquele há utilização da ordem econômico-financeira com vistas à proteção da posse dos bens ilícitos.

As críticas formuladas a esta teoria circundam a questão do aperfeiçoamento do dolo, eis que o elemento subjetivo deveria estar direcionado a lesar a administração da Justiça, mas, na prática, não seria este o objetivo do agente criminoso, e, sim, apenas o de se locupletar.

A defesa desta teoria sustenta que o dolo deve se insurgir apenas e tão somente sobre os elementos do tipo penal, dentre os quais, na maioria das vezes, não vem expresso o bem jurídico tutelado, logo, não será necessário que seu objetivo consista em afrontar a administração da Justiça, bastando que o autor do fato ostente consciência e voluntariedade na busca de seu objetivo, com meios de execução que impliquem a afetação do sistema posto de Justiça.

#### 4.3 Consideração da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal da lavagem de capitais

Outra corrente reputa a ordem econômica na qualidade de bem jurídico-penal objeto de albergue pelo tipo penal da lavagem de capitais, sustentando, nesse caso, que a recolocação de bens e valores, oriundos de prática ilícita, no seio da economia, contribuiria negativamente para a livre iniciativa e concorrência, gerando desequilíbrio nas

relações de consumo e desestabilizando o desenvolvimento econômico<sup>45</sup>.

Willian Terra de Oliveira assim se manifesta a respeito desta teoria, deixando clara sua adesão a ela:

Em razão das graves consequências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a pouca visibilidade das operações financeiras, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a “segurança da ordem econômico-financeira”, motivo pelo qual, o bem juridicamente protegido pela lei é a normalidade do sistema financeiro. [...] a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem socioeconômica, uma vez que o sistema econômico é, na verdade, o substrato e a quintessência global de interesses individuais, mas trata-se de um bem jurídico independente e autônomo, porém de característica coletiva<sup>46</sup>.

Nesta vertente dogmática, o distanciamento da concepção de bem jurídico-penal é maior entre o crime antecedente e o crime de

45 A essa vertente teórica se filiam: CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 323. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 66-98. SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei 9.613/98. Curitiba: Juruá, 1999, p. 98. SÁNCHEZ, Carlos Aránguez. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 86.

46 OLIVEIRA, William Terra de *apud* CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro*: a questão do bem jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 175.

lavagem de capitais, sendo a origem ilícita gerada pelo crime antecedente o único ponto de contato entre essas duas figuras criminosas.

Callegari e Weber<sup>47</sup> sustentam que, embora haja uma relação de dependência entre o delito de lavagem de capitais e a existência de uma infração penal anterior, originadora dos recursos objeto da lavagem, não há que se falar em confusão de bens jurídicos entre esses tipos penais, donde concluem que o bem jurídico tutelado no tipo penal da lavagem de capitais diz com a ordem socioeconômica, motivo pelo qual não vislumbram um quadro de desproporcionalidade diante do sancionamento, sob parâmetros de equivalência, da lavagem de capitais fundada na prática de uma contravenção penal – por exemplo, do jogo do bicho – e aquela enraizada na prática de crimes graves, como, a título de demonstração, o tráfico ilícito de entorpecentes.

Esta linha de pensamento, assim como a teoria anterior, permite a punição pela autolavagem e também a uniformidade de penas, haja vista a distinção de bens jurídico-penais objetos de tutela, sendo este um grande diferencial para a primeira teoria discorrida, eis que supera algumas críticas e desafios por aquela enfrentados, muito embora a questão demande análise mais abrangente.

No entanto, algumas críticas sobrevoam esta teoria, sendo a abstração do conceito de “ordem econômica” uma delas, pois, não havendo uma definição precisa, tal lacuna dificultaria a aplicação da norma penal ao caso concreto. De mais a mais, Artur de Brito Gueiros Souza define a ordem econômica “como o conjunto de instrumentos que asseguram o funcionamento das relações de produção, distribuição, troca e consumo em determinada sociedade”<sup>48</sup>.

47 CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

48 SOUZA, Artur de Brito Gueiros *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à

Por outro lado, há quem sustente que esta reinserção de bens e valores na economia, ainda que de origem ilícita, contribuiria para o aquecimento desta, pois o aporte dos mesmos movimentaria a economia. Contudo, fato é que esta prática desfavorece a igualdade de condições concorrenciais e também a livre iniciativa de atuação no mercado, sem olvidar a inobservância da necessidade de arrecadação tributária, conduzindo à quebra da relação de confiabilidade que o sistema econômico deve manter com seus operadores.

#### 4.4 Pluriofensividade do crime de lavagem de capitais

Por fim, há parcela da doutrina que sustenta a pluriofensividade do crime de lavagem de capitais, ou seja, haveria concomitância na tutela da administração da Justiça e da ordem econômica como bem jurídico-penal.

A defender esta teoria, Romulo Rhemo Palitot Braga, justificando este posicionamento no crescimento da globalização econômica, de caráter eminentemente transnacional, assim apresenta sua filiação teórica na temática do bem jurídico-penal da lavagem de capitais:

No caso da lavagem de dinheiro paremos-nos, e acreditamos ter demonstrado, que a tipificação da conduta, no tipo correspondente, está determinada pela lesão ou posta em perigo por uma adequada Administração de Justiça, assim como do normal funcionamento da ordem socioeconômica. Só, pois, se a conduta se amoldar na tipificação, e assim que ela suponha o previsto por esta, isto é, a lesão destes bens jurídicos, poderá iniciar-se sua perseguição penal<sup>49</sup>.

Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

49 BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Lavagem de dinheiro*: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013, p. 103.

Em tempo, de rigor pontuar que este segmento cognitivo também recebe formulações críticas à sua base, enfrentando resistência por não favorecer, supostamente, a aplicação prática da norma penal, eis que enfraquecida estaria sua continência teleológica, isto em decorrência da pluralidade de bens jurídicos pretensamente tutelados pela norma penal em apreço.

#### 4.5 Análise do Direito Comparado

As experiências paradigmáticas de outros ordenamentos jurídicos também se mostram, em sua maioria, controversas com a discussão acerca do bem jurídico-penal tutelado no tipo penal da lavagem de capitais, claramente aberta, sem que haja pacificidade acerca da matéria.

Com efeito, o Direito Penal alemão apresenta sintonia com o cenário brasileiro, eis que as teses lá discutidas em muito se assemelham às aqui apresentadas, com o acréscimo de uma vertente que entende como bem jurídico-penal tutelado o combate à criminalidade organizada.

O Direito Penal português divide-se entre a filiação à teoria da pluriofensividade e à teoria da administração da Justiça, ao passo que o Direito Penal espanhol já se encontra definido a este respeito, acolhendo a teoria da ordem socioeconômica como bem jurídico-penal tutelado no crime de lavagem de capitais, tanto que vem previsto no Título que trata dos crimes contra o patrimônio e contra a ordem socioeconômica.

O Direito Penal suíço também já estabeleceu, de modo uníssono, o bem jurídico-penal albergado no tipo penal da lavagem de capitais, o qual diz com a administração da Justiça, tanto que esta espécie delitiva vem prevista ao lado de outras imputações criminosas atentatórias à robustez do sistema judiciário, como a denúncia caluniosa, o induzimento da Justiça em erro, entre outros.

## 5 Considerações finais

A compreensão de bem jurídico, no âmbito do Direito Penal moderno, encontra-se posicionada em três frentes de absoluta relevância estrutural, eis que inserida na discussão acerca da missão do Direito Penal, no debate atinente à concepção do conceito material de delito e também na questão político-criminal correspondente à legitimação das teorias de criminalização<sup>50</sup>.

A preocupação com a produção do conteúdo legislativo penal tem sido, de certo modo, relegada a segundo plano no âmbito da ciência jurídica, havendo um enfoque mais preponderante no que toca à discussão da norma já posta, dotada de vigência, e sua aplicabilidade no âmbito jurisdicional.

Não obstante, o cuidado na edificação de leis penais, embora sempre tenha sido e sempre será de ressaltada importância, tem se mostrado medida de especial relevância no contexto atual do Direito Penal, eis que a ele tem sido atribuído, pise-se, equivocadamente, papel de baluarte moral da sociedade e também de instrumento simbólico para resposta a situações de suposta intolerância social.

É bem verdade que o Direito Penal, não apenas agora, mas historicamente, tem suscitado uma intensa movimentação interlocutória entre os mais diversos núcleos sociais, o que vai ao encontro do modelo constitucional democrático de Estado. No entanto, a essa concepção de democracia ora referida alude-se um viés meramente formal, não se podendo olvidar a concepção substancial de democracia, concernente ao respeito e à observância a direitos fundamentais e garantias individuais, donde se depreende a necessidade de uma maior racionalidade legislativa em matéria penal, a fim de que essa estrutura

50 Para maior aprofundamento, ler: TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

democrática seja atendida em sua inteireza, contemplando ambas as esferas de concepção.

Conforme colocado, o debate atual desloca seu foco para a aplicação jurisdicional da dogmática penal e também da política criminal, o que redundará em uma vulnerabilidade normativa em ambas as esferas, uma vez que a criação de leis penais se dá em condições de absoluta ausência de critério científico, ficando ao alvedrio de um situacionismo político, desfavorecendo também, por via oblíqua, a regular aplicabilidade jurisdicional dessas leis penais, porquanto carecedoras de legitimidade e de reforço empírico, sobretudo quando em pauta delitos de orientação inatural.

Com o intuito de fornecer critérios para uma adequada construção legislativa de conteúdo penal, fundada sob uma perspectiva racional, José Luis Díez Ripollés, sob confessa inspiração no modelo de Manuel Atienza, propõe um plano dicotômico: em um primeiro momento, a definição operacional do processo legislativo, com a observação dos intervenientes e das etapas desenvolvidas, e, em um segundo ponto, a prescrição de conteúdos de racionalidade inerentes a esse processo<sup>51</sup>.

Portanto, a definição da estrutura teórica mais coerente com as premissas levantadas durante o presente texto tem absoluta pertinência e relevância, pois incide desde o nascedouro da norma penal até sua aplicação prática.

Compulsadas as estruturas e as críticas teóricas, tem-se que o bem jurídico, mesmo que se aquiesça acerca do acerto de algumas dessas críticas a ele dirigidas, é a proposta teórica mais coerente e que melhor atende ao Direito Penal moderno, desde sua função sistemático-classificatória, hermenêutica, dogmática e também político criminal.

Em vista disso, embora a teoria do bem jurídico não possa ser considerada perfeita e acabada em sua proposta, não há outro contributo à ciência penal com aporte para suplantá-la, sendo certo que todas as tentativas têm se mostrado insuficientes para a superação da concepção de bem jurídico como instrumento fundante e legitimador da intervenção penal, afora suas outras funções. Com isso, não se pretende dizer, por outro lado, que a teoria do bem jurídico se faz bastante para explicar sozinha a teoria da criminalização; ela não prescinde do auxílio de outros temperamentos principiológicos, como a fragmentariedade, a intervenção mínima, entre outros dados, mas entende-se que a concepção de bem jurídico será, racionalmente, um dos elementos norteadores da ciência penal, a qual, frise-se, desponta como uma ciência de índole persuasiva e não descritiva, donde se depreende que não se pode esperar dela soluções invariavelmente exatas e conglobantes.

Nesse passo, face todo o conteúdo abordado no presente estudo, e definidos o Estado Democrático de Direito como modelo constitucional de Estado e a proteção subsidiária de bens jurídicos como função primeira do Direito Penal moderno, vislumbra-se cenário de plausibilidade para, mediante um compulsar das teorias expostas, eleger-se a que melhor se amolda ao contexto do crime de lavagem de capitais.

A primeira teoria, atinente à identidade entre os bens jurídico-penais do crime antecedente e do crime de lavagem de capitais, está fadada ao insucesso, sobretudo por permitir indesejável *bis in idem* e por ferir o princípio da proporcionalidade da pena, eis que a previsão em abstrato da pena seria a mesma para bens jurídicos distintos, como, por exemplo, pense-se em um furto e uma extorsão mediante sequestro como crimes antecedentes de uma lavagem de capitais; em cada um dos casos, a previsão em abstrato da pena para o crime de lavagem de capitais será a mesma, em que pese os bens jurídico-penais ostentem grau de relevância bastante dissonantes entre si.

51 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 26-105.

Não bastasse, pensar-se em uma norma penal que “olha para frente” conduzirá, invariavelmente, ao aperfeiçoamento de uma antecipação da tutela penal, absolutamente incompatível com o Direito Penal moderno, sabidamente edificado sob o conceito de culpabilidade.

No tocante à teoria que considera a ordem econômica como bem jurídico-penal tutelado, igualmente não assume feição absoluta, eis que, muito embora em grande parte dos crimes de lavagem de capitais o desenvolvimento da economia, sobretudo no pertinente à livre concorrência de mercado, seja diretamente afetado, restando abalada sua credibilidade, não se pode olvidar que nem sempre isto acontecesse.

Com efeito, suponha-se que o dinheiro auferido em uma extorsão mediante sequestro seja depositado na conta de um terceiro (“laranja”) e este adquira um imóvel pelo preço competitivo de mercado, observando todas as exigências legais atinentes à transação imobiliária, em que pese a origem espúria do valor. Neste caso paradigmático, não se vislumbra afetação à ordem econômica, mas apenas um meio de esconder e proteger o produto ilícito do crime, prejudicando, com isso, o rastreamento por parte da estrutura judiciária.

De outra banda, se se considerar a ordem econômica como bem jurídico-penal

tutelado na lavagem de capitais, estar-se-á admitindo sanções formalmente semelhantes a condutas completamente distintas em seus conteúdos materiais. A título de exemplo, as condutas preceituadas pelo *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 não passariam de meras tentativas de lavagem de capitais, pois a consumação somente se daria com a efetiva inserção do produto do ilícito penal antecedente em atividade regularizada e lícita, ao passo que as condutas dos §§1º e 2º (notadamente a figura do inciso I deste) representariam lesão direta à ordem econômica. Contudo, a lei prevê a mesma pena em abstrato para ambos os cenários, inobservando, assim, a ideia central da concepção de bem jurídico-penal, que diz com a correlação entre a extensão/alcance da lesão a este e a variação quantitativa da própria pena. Em tempo, este problema não se detecta se se reputar a administração da Justiça como bem jurídico-penal tutelado.

Desta forma, a teoria que melhor demonstra adequação diz com a vertente que considera a administração da Justiça, isoladamente, como bem jurídico-penal tutelado pelo tipo penal da lavagem de capitais, eis que, além de conferir admissibilidade à punição pela autolavagem e também se coadunar com a uniformidade de penas, independentemente do grau lesivo do crime antecedente, os problemas apontados para a teoria da ordem socioeconômica não se fazem perceptíveis aqui.

## Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. *Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.
- CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo: estudos sobre o Direito penal no nacional-socialismo*. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e de Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- GRECO, Luís; CAVALIERE, Antonio (org.) et al. *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onoredi Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.
- KAHLO, Michael; HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación penal o juego de abalorios dogmático?* Madri e Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho penal*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, 1927. t. II.
- MAGLIE, Maria Cristina de; CAVALIERE, Antonio (org.) et al. *Politica criminale e cultura giuspenalistica: scritti in onoredi Sergio Moccia*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIR, José Cerezo. *Curso de Derecho penal español*. Madri: Tecnos, 1993.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2. ed. Montevideu; Buenos Aires: Editorial B de F, 2003 (Coleção *Maestros del Derecho Penal*).
- OLIVÉ, Juan Calos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel (coord.); SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo *et al.* *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (orgs.). *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Trad. dos organizadores. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madri: Civitas, 2008. t. I.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ, Carlos Aránguez. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo. *Lavagem de dinheiro: comentários à lei 9.613/98*. Curitiba: Juruá, 1999.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.